Julia Maurmann Ximenes (org.)

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA

1ª edição

Autores:

Hugo Moreira Lima Sauaia

Flávia Martins Affonso

Ivete Maria de Oliveira Alves

Sidraque David Monteiro Anacleto

Luiz Garibaldi Introcaso

José S. Carvalho Filho

Brasília

IDP

2014

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Esta publicação é mais um resultado da produção acadêmica efetuada pelo grupo de pesquisa Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania - DDFC, certificado no CNPq pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a liderança da professora Dra. Julia Maurmann Ximenes.

Desde sua criação, os integrantes do grupo, alunos de graduação, pós-graduação *lato sensu* e mestrado; bem como professores e egressos do mestrado do IDP, tem discutido as possíveis relações entre Direito e Política, com ênfase em um marco teórico que possibilite a problematização sob várias leituras: o papel do Poder Judiciário e de outros atores do campo jurídico, o papel dos outros dois poderes de Estado, Executivo e Legislativo, a efetivação dos direitos sociais, questões relacionadas à cidadania e aos movimentos sociais, acesso à Justiça, jurisdição constitucional, dentre outros.

Para o ano de 2013, a proposta de projeto de pesquisa permeou esta mesma abordagem, acrescentando, entretanto, uma nova preocupação: os impactos das relações entre Direito e Política na democracia. O projeto de pesquisa buscou articular judicialização e democracia a partir de duas possíveis análises: a linguagem (argumentação) própria do campo jurídico e a legitimidade. Assim, discutimos os impactos diretos (materiais) e indiretos (simbólicos) da judicialização para a democracia. O cerne da tensão entre campo político e jurídico permaneceu, mas desta vez a análise metodológica trabalhou com os impactos na democracia.

Para tanto, iniciamos os trabalhos com a leitura e discussão de César Rodriguez-Garavito[1], professor colombiano que analisou decisões do Tribunal Constitucional Colombiano a partir de seus impactos – diretos/materiais e indiretos/simbólicos. O autor aponta duas versões para a análise dos impactos

---

[1] RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impacto of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**. V. 89, p. 1669-1698, 2011

da judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - DESC, especialmente na América Latina: uma constutivista e outra neorealista. Os neorealistas se concentram nos efeitos diretos e palpáveis da decisão. Para estes autores o Direito é um conjunto de normas que molda a conduta humana, e assim aplicam relações de causalidade direta entre a decisão e o que é observável como resultado. Já para os construtivistas, o Direito e as decisões judiciais acarretam uma transformação social não apenas quando afetam mudanças na conduta de grupos e indivíduos diretamente envolvidos, mas também quando produz transformação indireta nas relações sociais ou quando provoca alteração na percepção social dos atores e legitima a compreensão dos litigantes.

Aprofundando a percepção construtivista, o autor defende que é preciso uma ampliação de caráter metodológico nas atuais análises, incluindo técnicas qualitativas que possam captar os efeitos simbólicos, e aponta como, por exemplo, entrevistas com servidores públicos, ativistas e membros da sociedade para examinar o impacto da decisão na percepção individual destas pessoas.

Portanto, a questão do impacto indireto e simbólico vai além das questões quantitativas mensuráveis, incluindo fatores externos a percepção das pesquisas que têm sido feitas sobre a judicialização das políticas públicas. O debate pode ser também conduzido para analisar as lutas simbólicas por poder simbólico dentro do próprio campo jurídico, valorizando as representações dos diferentes atores segundo sua posição (por exemplo, o embate entre o posicionamento do Supremo e os juízes federais).

Neste sentido, sete integrantes do grupo analisaram diferentes atores do campo jurídico.

O segundo autor, José dos Santos Carvalho Filho, escreve sobre a jurisdição constitucional no Brasil.

Luiz Garibaldi Introcaso faz uma análise da comunicação institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

As pesquisas seguintes analisam casos concretos: Sidraque Anacleto a pacificação do conjunto de favelas do Complexo do Alemão e da Penha no Rio de Janeiro; Ivete Maria de Oliveira Alves a responsabilidade dos magistrados; Flávia Martins Affonso a execução de decisões judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos e por fim Hugo Moreira Lima Sauaia, o direito fundamental à privacidade.

O grupo DDFC espera mais uma vez contribuir para o debate sobre a tensão entre Direito e Política.

Boa leitura!

Profa. Julia

ENTRE O GUARDIÃO DE PROMESSAS E O SUPEREGO DA SOCIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

José S. Carvalho Filho[2]

Resumo: O artigo trata do fenômeno da hipertrofia do Poder Judiciário, com foco no comportamento do Supremo Tribunal Federal, a partir do estudo de quatro decisões paradigmáticas da Corte (benefício assistencial; uniões homoafetivas; aborto de anencéfalos; e fundo de participação dos Estados). Em seguida, constatada a tendência ativista do Tribunal, são apresentados alguns mecanismos que podem conduzir os julgamentos – autoconteção, inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos e diálogos institucionais –, de modo a resguardar os limites da Jurisdição Constitucional no Brasil.

Palavras-Chaves: Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Autoconteção. Inegabilidade dos Pontos de Partida Hermenêuticos. Diálogos Institucionais.

Abstract: This paper analyzes the hypertrophy of the Judiciary Power, focusing on the behavior of the Supremo Tribunal Federal, from the study of four paradigmatic decisions of the Court (Social Assistance Act; homosexual unions, abortion of anencephalic and States participation fund). After that, it is identified a judicial activism tendency in the attitudes embraced by the Supreme Court, then some mechanisms are presented with the purpose of conducting the trials – self-restraint, written text limits and constitutional dialogues –, in order to protect the boundaries of Judicial Review in Brazil.

Keywords: Judicial Review. Supremo Tribunal Federal. Judicial Activism. Self-restraint. Written Text Limits. Constitutional Dialogues.

Introdução

A função do Judiciário como instituição democrática tem passando por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do Século XX.

Embora esse poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronuncia da norma preestabelecida pelo legislador,

---

[2] Doutorando em direito público pelo Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence – Sciences-PO Aix/Aix-Marseille Université (França). Mestre em direito constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Analista judiciário do Supremo Tribunal Federal.

após a Segunda Guerra Mundial, o Judiciário desenvolveu-se, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

O objetivo do presente artigo é apresentar panorama geral sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil.

Inicialmente, perpassa-se pelo direito comparado para apresentar o histórico da redefinição de competências dos poderes públicos no mundo, bem como a justificação do protagonismo do Judiciário. Em seguida, analisa-se a experiência da Alemanha, onde o exercício das novas funções do poder revela que houve excessos capazes de configurá-lo como o principal gestor da vida em sociedade, independente das decisões das instituições políticas clássicas.

Partindo-se da hipótese de que o fenômeno tende a se reproduzir em todos os locais onde os limites da jurisdição constitucional não sejam estritamente delimitados, analisam-se alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os quais permitem constatar, também no Brasil, a existência de decisões judiciais que colocam o poder Judiciário em posição de preeminência em relação aos demais poderes públicos.

Constatado o problema, apresentam-se algumas propostas para contorná-lo cujo objetivo é instigar reflexão sobre a necessidade de limites à atuação do Judiciário no Brasil. Embora as sugestões não sejam exaustivamente desenvolvidas, por não ser esse o objetivo do trabalho, elas permitem evidenciar que é possível vislumbrar modelo de separação de poderes em que as funções públicas são efetivamente exercitadas de forma harmônica e interdependente.

2 O Judiciário Boca da Lei, Guardião de Promessas e Superego da Sociedade Órfã

O Judiciário contemporâneo é muito distinto daquele vislumbrado por Montesquieu quando da sistematização da separação dos Poderes. Em sua obra “O Espírito das Leis”, o pensador francês demonstrou profunda preocupação com a proteção da liberdade e idealizou o sistema de repartições de funções estatais como forma de garanti-la.

Partiu-se da premissa segundo a qual o poder tende a corromper-se, razão pela qual se torna imperiosa a sua disseminação sobre a maior quantidade de instituições/pessoas, a fim de que sejam controlados os abusos (FACHIN, p. 205-220).

O autor identificava três funções estatais, quais sejam: o poder legislativo; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes; e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil (MONTESQUIEU, 2000, p. 160). Acrescenta o autor que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

É nessa ideologia que Montesquieu desenvolve o sistema de separação dos poderes, pelo qual o poder exerce controle sobre o próprio poder. Não decorre dessa organização, contudo, que os três poderes tenham a mesma força e sejam igualitários. Ao contrário, a visão de Montesquieu acerca do Judiciário revela que este seria um poder praticamente nulo, limitado à aplicação da lei aos casos concretos, representando mero instrumento para aplicação da lei, a boca que pronuncia a norma estabelecida pelo legislador (MONTESQUIEU, 2000, p. 175). A teoria de Montesquieu, portanto, foi desenvolvida com foco no princípio da supremacia da lei.

Ocorre que essa concepção originária de organização das funções estatais não se coaduna com os estados democráticos de direito da atualidade, isso porque houve estrutural mudança nas competências institucionais, sobretudo nas atribuídas ao Poder Judiciário.

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já estipulava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição” (FRANÇA, 1789).

A propósito, Ingo Sarlet ensina que a partir dessa formulação paradigmática, lançaram-se as bases do que passou a ser núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal: limitação jurídica do poder estatal, por meio da separação dos poderes e da garantia de alguns direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 59).

A partir do Século XX, verifica-se que o fenômeno do constitucionalismo acarreta mudanças estruturais nas funções do poder Judiciário. Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 221-225).

A Constituição passa a ser fonte primeira do ordenamento jurídico-positivo; a separação das funções do Estado cede lugar a uma atuação coordenada, interdependente e harmônica dos Poderes Públicos; e os direitos fundamentais, além da perspectiva de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, passaram a ser visualizados como valores do Estado, em reconhecimento da dimensão objetiva (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p.67).

Assim, a intervenção judicial, que inicialmente era prevista apenas para resolução de conflitos de interesse nos termos e limites preestabelecidos pela lei, expandiu-se também para a proteção dos direitos fundamentais, o controle

de constitucionalidade das leis e a interação harmônica entre os poderes públicos.

Ao analisar o Judiciário contemporâneo, Eugênio Zaffaroni (1995, p. 37) leciona que:

> Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, como guardião da Constituição e protetor dos direitos fundamentais, passa a ser interveniente importante do processo democrático.

Paralelamente, o Estado também passou por significativas transformações nas esferas política e social que culminaram em um processo de descrença das instituições políticas, razão pela qual se perdem os referenciais político-institucionais que nortearam o Estado moderno e, em consequência dessa despolitização do sujeito e de sua fragilidade, ganha ainda mais destaque o Judiciário, como instância promotora de expectativas até então frustradas (MORAIS, 2010).

Em 1952, o jurista francês Antoine Garapon analisou o fenômeno da ampliação de poderes do Judiciário, em obra intitulada “O juiz e a democracia: o guardião de promessas”, na qual apresenta o Judiciário como instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Leciona o autor que:

> O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a

> representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

O Judiciário se transforma no guardião de promessas constitucionais; além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, passa a ter como função institucional a recuperação da democracia (MORAIS, 2010).

Essa modificação é, a princípio, positiva, pois o Judiciário se eleva ao nível dos outros poderes, para se tornar o terceiro gigante – ao lado do Legislativo e do Executivo –, o que pode contribuir para o aperfeiçoamento da democracia, pois o Judiciário independente é capaz de resistir a decisões circunstanciais da maioria que violem a Constituição. Assim, o crescimento do Judiciário é necessário ao equilíbrio dos três Poderes (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

Nessa conjuntura, o agigantamento do Judiciário também foi analisado no constitucionalismo alemão, a partir da obra de Ingeborg Maus intitulada “O Judiciário como superego da sociedade orfã”, na qual a autora recorre a conceitos de psicologia para explicar – em analogia à figura do pai que representa o superego do filho – que as instituições políticas eram responsáveis por organizar a sociedade. Entretanto, a partir da crise democrática e da desconfiança em relação às clássicas instituições políticas, a sociedade se encontrou “órfã”, razão pela qual sentiu necessidade de procurar novo gestor da vida em sociedade, novo superego: o Judiciário (MAUS, 2000, p. 183-202).

Segundo a autora, o Judiciário alemão extrapolou suas competências constitucionais para se tornar um superpoder, não sujeito a limites ou controle.

Alexandre Bahia explica com propriedade as críticas de Maus à hipertrofia do Judiciário:

> Maus, ao reconstruir a história do Judiciário na Alemanha, desde o século XIX, mostra que, inicialmente, este assimilou os princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas, além da limitação à interpretação da lei pelo juiz (juiz *bouche de la loi*). No entanto, após esse primeiro período, o Judiciário alemão vai progressivamente perdendo aquela vinculação estrita à lei à medida que cresce uma autocompreensão peculiar quanto a seu papel na aplicação do Direito.
> (...)
> A independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição. A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor (BAHIA, 2005, p. 10-12).

O trabalho de Ingeborg Maus ultrapassou as fronteiras da Alemanha, principalmente porque o fenômeno da protagonização do Judiciário como agente político não foi exclusivo do direito alemão. Neste trabalho, objetiva-se verificar em que medida a atuação do Judiciário brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal, assemelha-se ao superego de Maus, bem como as conformações sistêmicas que podem ser adotadas para superar o fenômeno da supremacia judicial.

3 O Supremo Tribunal Federal como Superego da Sociedade Brasileira

A existência de uma Constituição analítica, que estabelece extenso rol de direitos fundamentais dos cidadãos, propiciou amplo leque de possibilidades para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir de 1988.

Outra consequência da Constituição cidadã foi a abertura procedimental da jurisdição constitucional. A onda de democratização[3] e a facilidade de acesso à justiça, por meio de benefícios como a isenção de custas e a advocacia pública aos mais necessitados, acarretou progressivo aumento na judicialização dos conflitos sociais.

Assim, a facilitação do acesso à justiça associada à ampliação dos parâmetros para o controle de constitucionalidade acarretou o fortalecimento da jurisdição constitucional no Brasil.

Acresça-se, ainda, que o aperfeiçoamento das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade[4] permitiu ao Supremo Tribunal Federal enfrentar problemas que não poderiam ser solucionados pelo simples binômio inconstitucionalidade-nulidade absoluta da lei.

Nesse contexto, a participação do Judiciário no processo de tomada de decisões importantes para a toda sociedade se tornou cada vez mais frequente. O Supremo Tribunal Federal, última instância do Judiciário brasileiro, tomou as páginas dos noticiários[5], pois é difícil encontrar uma decisão política relevante no Estado brasileiro que não tenha sido objeto de judicialização.

O controle da justiça sobre vida política é tão crescente que nada mais escapa da apreciação judicial. Houve verdadeira explosão do contencioso, crescimento e multiplicação das jurisdições, que se diversificam e afirmam suas autoridades, cada dia mais um pouco (GARAPON, 1999, p. 24).

---

[3] O termo onda é utilizado por Mauro Cappelletti para apresentar as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça (Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31 e ss.).

[4] Além da modulação temporal de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas jurídicas (art. 27 da Lei. 9.868/1999), o Supremo Tribunal Federal também pode adotar as seguintes técnicas de decisão: Declaração de nulidade parcial; declaração de nulidade parcial sem redução de texto; interpretação conforme à Constituição; decisão manipulativa de efeitos aditivos; declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e declaração de lei ainda constitucional (Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1398-1427).

[5] A título de exemplo, verifica-se que pesquisa realizada no site Google.com em 5/5/2013 com o termo “Supremo Tribunal Federal” indicou 4.830.000 ocorrências, ao passo que idêntica pesquisa pelo termo “Bundesverfassungsgerich”, órgão análogo ao Supremo Tribunal Federal na Alemanha, revelou 2.030.000 ocorrências.

Analisam-se, nas próximas linhas, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal[6], para verificar em que medida a Corte, ao ocupar a posição de depositário de expectativas frustradas dos cidadãos, extrapola os limites de sua competência, transformando-se no superego da sociedade brasileira, no sentido de superpoder identificado por Maus.

3.1 O Caso do Benefício Assistencial[7]

A Constituição da República, no art. 203, prevê que a assistência social será prestada aos que dela necessitarem, independentemente de contribuição social; o inciso V do referido dispositivo prevê a garantia de um salário mínimo de benefício ao idoso e ao portador de deficiência que comprovar hipossuficiência.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), Lei 8.742/1993, ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, explicitou os requisitos para concessão de benefício assistencial no valor mensal de um salário mínimo aos idosos e aos deficientes que, comprovadamente, não possuam meios para prover à manutenção própria ou de tê-la provida por sua família.

Entre os critérios estipulados, determinou-se requisito objetivo de comprovação da incapacidade do idoso ou do deficiente para sustento próprio

---

[6] Os precedentes comentados foram selecionados de modo aleatório e a escolha justifica-se por caracterizarem-se como julgamentos peculiares, seja porque houve apreciação judicial de questões morais (casos da união homoafetiva e do aborto de anencéfalo), seja em virtude da inovação elaborada para a resolução de conflitos tipicamente jurídicos (casos do benefício assistencial e do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal). A propósito, registre-se que a densidade da Constituição brasileira permite a judicialização tanto questões tipicamente jurídicas quanto de conflitos morais que são caracterizados também como jurídicos.

[7] Sobre o caso, recomenda-se leitura de CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Critério da Hipossuficiência Familiar dos Necessitados Postulantes de Amparo Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** In: Julia Maurmann Ximenes. (Org.). Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania. 1ed. Brasília: IDP, 2012, v. 1, p. 25-48.

ou pela família; a lei limitou o benefício às pessoas cuja renda familiar mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo.

Ocorre que, em razão da heterogeneidade de casos, referido critério passou a sofrer ponderações em sua aplicação, em virtude de questionamentos judiciais – a política pública do benefício assistencial foi judicializada. Com base em fundamentos constitucionais, muitos Juízos admitiam outras formas de comprovação da hipossuficiência.

O critério de capacidade financeira estabelecido pela lei, portanto, teve sua constitucionalidade contestada, ao argumento de possibilitar que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do amparo social (omissão parcial inconstitucional).

Nesse contexto, proliferaram-se divergências jurisprudenciais sobre o tema, o que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232 no Supremo Tribunal Federal.

Ao final do julgamento, a Suprema Corte julgou improcedente a o pedido formulado, em decisão que restou assim ementada:

> Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do estado. Ação julgada improcedente (BRASIL, STF, 1998).

Esse julgado, contudo, não resolveu a controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS, na medida em que vários Juízos continuaram a elaborar construções hermenêuticas com o escopo de contornar o critério objetivo e avaliar o real estado de miserabilidade social dos idosos e deficientes.

Em decorrência do entendimento divergente, várias reclamações foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal e a Corte, em um primeiro momento,

julgou procedentes tais ações[8], mas posteriormente, passou a flexibilizar sua orientação originária[9].

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema nos Recursos Extraordinários 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, e 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio, oportunidade em que sinalizou a possibilidade de revisão do julgamento proferido na ADI 1.232.

O mérito desses processos foi julgado em 19/4/2013, tendo a Corte declarado a inconstitucionalidade do critério objetivo, diante da omissão parcial inconstitucional do legislador (BRASIL, STF, 2013), razão porque reviu o anterior entendimento vinculante, que fora proferido por ocasião do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade.

Mais do que isso, o confronto analítico entre a fundamentação da ADI 1.232 e a dos recursos extraordinários com repercussão geral evidencia a similitude de argumentos. Em síntese, a motivação gira em torno da omissão parcial do legislador infraconstitucional.

Não obstante, as conclusões a que a Corte chegou ao julgar os processos foi diametralmente oposta. Fatores externos ao mundo jurídico como o transcurso do tempo e a mudança da composição da Corte podem ter influenciado essa virada hermenêutica, entretanto, o problema visualizado é que o Supremo Tribunal Federal superou orientação consolidada e com efeito vinculante pelos mesmos argumentos que já haviam sido analisados e refutados no julgamento da ADI 1.232.

3.2 O Caso das Uniões Homoafetivas

---

[8] Por todas as decisões, citem-se os julgamentos do Agravo Regimental na Reclamação 2.303, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 1/4/2005; e do Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação 4.427, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 29/6/2007.

[9] Por todas as decisões, cite-se o julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6/2/2007.

O art. 1.723 do Código Civil brasileiro preceitua que "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Tal dispositivo regulamenta normas constitucionais acerca da proteção da família e praticamente reproduz o art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Verifica-se que tanto a Constituição como o Código Civil reconhecem expressamente como união estável apenas a convivência pública e duradoura entre homem e mulher.

Por outro lado, a própria Constituição enuncia princípios incompatíveis com essa restrição, como o da proibição de preconceitos em razão de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

É nesse âmbito que exsurge o problema social do não reconhecimento pelo Estado de uniões entre pessoas do mesmo sexo (uniões estáveis homoafetivas) e a questão é judicializada.

O Supremo Tribunal Federal recebeu duas ações constitucionais importantes sobre o tema: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

Referidas ações foram julgadas conjuntamente em 5/5/2011, quando a Suprema Corte proferiu decisão assim ementada, no ponto que interessa:

> (...)
> 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS

> CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", *verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".
> (...)
> 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, STF, 2011).

O Supremo Tribunal Federal legitimou o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, declarando que o Código Civil deve

ser interpretado conforme à Constituição, no ponto em que restringe a proteção estatal das uniões estáveis aos casais heteroafetivos.

Como a própria Constituição também possui texto literal – desde a redação originária (art. 226, § 3º) – em que reconhece como família apenas as uniões estáveis entre homem e mulher, o STF procedeu à interpretação teleológica dessa norma, para sustentar que seu objetivo é igualar homens e mulheres, e não discriminar relações entre iguais (pessoas do mesmo sexo).

De qualquer forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal invocou princípios constitucionais para adotar orientação contrária a enunciado expresso do Código Civil e da própria Constituição, o que faz surgir dúvidas sobre os limites da atuação judicial, uma vez que o raciocínio hermenêutico pode ser articulado de modo a conduzir ao resultado desejado.

3.3 O Caso do Aborto de Anencéfalos

Aborto significa a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (JESUS, 2007, p. 430).

O ordenamento jurídico brasileiro criminaliza a prática de aborto. Os arts. 124 a 126 do Código Penal tipificam tanto a conduta da gestante de auto-aborto e de consentimento para o aborto como a de terceiro, que realiza aborto com ou sem o consentimento da mãe.

O art. 128 da lei penal, contudo, prevê duas hipóteses em que a realização de aborto não é punida: 1) aborto necessário, autorizado quando não há outro meio para salvar a vida da gestante; e 2) aborto no caso de gravidez resultante de estupro, permitido quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz.

Sucede que o avanço da medicina e o desenvolvimento de recursos tecnológicos permitem, atualmente, evidenciar a viabilidade do feto em formação, desde os primeiros meses de gravidez. É possível identificar com

alto grau de precisão, por exemplo, a malformação do cérebro que inviabiliza por completo a vida extra-uterina (anencefalia).

Embora o Código Penal não tenha legitimado a prática de aborto em casos como esse, a Constituição previu o princípio da dignidade da pessoa humana como norma estruturante de onde emanam os direitos fundamentais (BRANCO; MENDES, 2012, 158-161).

Assim, passou-se a sustentar que o impedimento legal de a gestante interromper a gravidez nos casos de diagnóstico de inviabilidade de vida extra-uterina do feto não seria compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a continuidade da gravidez seria conduta absolutamente inexigível da mãe.

Surgido o problema social, a questão foi judicializada e apresentada ao Supremo Tribunal Federal, onde foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

A ação foi definitivamente julgada em 12/4/2012, oportunidade em que o STF julgou-a procedente, para excluir do tipo penal do aborto a interrupção da gravidez de feto anencefálico. O acórdão restou assim ementado:

> ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, STF, 2012).

A partir dessa decisão, portanto, passaram a existir três hipóteses em que a realização de aborto no Brasil não é punida: 1) aborto necessário; 2) aborto em gravidez decorrente de estupro; e 3) aborto de feto anencefálico (aborto eugênico).

Apenas as duas primeiras hipóteses possuem expressa previsão legal, pois a terceira decorreu de orientação jurisprudencial com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Registre-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada enquanto a questão estava pendente de deliberação no Congresso Nacional. A propósito, o Projeto de Lei do Senado n. 50/2011 (BRASIL, Senado Federal, 2011) dispõe exatamente que não se pune o aborto no caso de feto com anencefalia, se é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Esse projeto de lei tem conteúdo idêntico ao entendimento do Judiciário, mas este poder, por sentença aditiva, antecipou a resolução da controvérsia social, independentemente de deliberação legislativa[10].

3.4 O Caso do FPE[11]

O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) consiste na parcela destinada aos Estados e ao Distrito Federal decorrente da repartição de receita tributária arrecadada pela União a título de imposto de renda e de imposto sobre produtos industrializados.

A previsão constitucional do fundo consta do art. 159, I, "a", da Constituição, segundo o qual:

> Art. 159. A União entregará:
> I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

---

[10] Consigne-se que, em reação à decisão do Supremo Tribunal Federal, a Senadora Maria do Carmo Alves apresentou no Senado Federal o Projeto de Lei n. 287/2012, o qual prevê detenção de três anos para gestante que interrompe ou permite que interrompam gravidez de feto anencéfalo; e estipula pena de reclusão de três a seis anos caso a interrupção se dê sem o consentimento da gestante. Esse comportamento evidencia reação do Legislativo ao que pode ser considerada usurpação de competência pelo Judiciário, entretanto é difícil imaginar que este projeto de lei seja aprovado, mormente após a decisão do Supremo Tribunal Federal.

[11] Sobre o tema, recomenda-se leitura de BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1496.

> a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

Assim, a Constituição determina que 21,5% da receita arrecadada pela União com Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) sejam repassados aos Estados e Distrito Federal.

A finalidade do FPE é contribuir para o equilíbrio federativo, ao permitir o fornecimento de verba em montante inversamente proporcional à capacidade arrecadatória dos entes federativos.

A propósito, a Constituição determina que lei complementar estabeleça normas sobre a entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, especialmente sobre os critérios de rateio, que devem visar ao equilíbrio sócio-econômico entre estados.

A Lei Complementar 62/1989, regulamentou a disposição constitucional e estabeleceu, inicialmente, que os coeficientes de participação dos Estados e do Distrito Federal vigorariam até 1992. A partir de então, deveriam ser fixados novos critérios por lei específica sobre o tema.

Na prática, entretanto, a LC 62/1989 foi ratificada sucessivamente pelas Leis Complementares 71/1992, 72/1993, e 74/1994, que prorrogaram a sua vigência indefinidamente.

Assim, o congelamento dos critérios de rateio fez surgir questionamentos em relação à adequação dos coeficientes aplicados, ao fundamento de que eles estariam incompatíveis com o objetivo de promover o equilíbrio federativo.

Argumentou-se que os coeficientes individuais dos estados foram fixados por força de acordo político e deveriam vigorar apenas provisoriamente e que a manutenção desse sistema de caráter fixo e estático não permitiria a adaptação dos índices de repasse de acordo com o desenvolvimento econômico adquirido (PRADO, 2012, p. 95).

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de quatro ações diretas de inconstitucionalidade: 875; 1.987; 2.727; e 3.243, as quais foram julgadas conjuntamente pela Corte.

Ao apreciar as ações, o STF proferiu a seguinte decisão:

> Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.° 875/DF, ADI n.° 1.987/DF, ADI n.° 2.727/DF e ADI n.° 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n° 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012 (BRASIL, STF, 2010).

Infere-se dessa ementa que o Judiciário encampou a tese dos proponentes das ações diretas e julgou as demandas procedentes. Todavia, diante da necessidade de composição acerca da definição dos novos critérios de repasse, o STF decidiu resguardar a aplicação dos coeficientes já definidos pela lei declarada inconstitucional até o período de 31/12/2012, razão pela qual aplicou a técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1416).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, fez apelo ao legislador para que adaptasse o texto da norma regulamentadora à Constituição e concedeu-lhe prazo para atuação. Na prática, vê-se que a decisão do STF foi descumprida, pois o Congresso Nacional não logrou êxito em editar a norma no prazo estipulado[12], o que gerou ponto de tensão entre Legislativo e o Judiciário.

---

[12] Até junho de 2013, mês de elaboração deste artigo, os novos critérios sobre a repartição da verba do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal ainda não tinha sido aprovada.

3.5 A Supremacia da Jurisdição Constitucional no Brasil

As decisões acima expostas permitem evidenciar que o Judiciário brasileiro, representado, neste trabalho, pelo Supremo Tribunal Federal, tem adotado postura bastante altiva no exercício da jurisdição constitucional.

O caso do benefício assistencial possibilita inferir que, a partir do mesmo contexto argumentativo, o Tribunal tomou decisões diametralmente opostas. Além de interpretar as normas jurídicas, o Supremo Tribunal Federal reinterpretou-as, sem atentar ao ônus argumentativo de explicitar as razões para a superação do precedente. Em casos tais de reexame, a segurança jurídica é posta de lado.

Além disso, ao fundamento de promover interpretação das leis infraconstitucionais conforme à Constituição , a Corte atribuiu a dispositivos do Código Civil (no caso das uniões homoafetivas) e do Código Penal (no caso dos fetos anencefálicos) sentido contrário ao texto expresso em lei. Em relação às uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal Federal foi além e deu interpretação conforme também à norma originária da Constituição que reconhece como entidades familiares as uniões estáveis entre homem e mulher.

A última decisão analisada – caso do FPE – revela posicionamento inovador por parte do Judiciário: embora a lei analisada tenha sido declarada inconstitucional, o STF resguardou a sua aplicação para o futuro e concedeu prazo para que o Legislativo editasse norma compatível com o texto constitucional. Esse apelo ao legislador representa tentativa de estabelecimento de diálogo entre os Poderes, entretanto o prazo estipulado pelo Judiciário não foi respeitado, o que ensejou, na realidade, descumprimento de decisão judicial e instalação de ponto de tensão.

A apresentação de projeto de lei que criminaliza expressamente o aborto de fetos anecéfalos vai de encontro à orientação do STF, razão pela qual pode ser encarada como reação do Legislativo ao que se considera

usurpação judicial de competência normativa – porque o Direito Penal é regido pelo princípio da estrita legalidade e o Judiciário procedeu à descriminalização do aborto eugênico.

Todo o exposto permite perceber que o Brasil vive atualmente um período de protagonismo judicial. A propósito, sustenta-se que:

> (...) É muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera "árbitro definitivo da constitucionalidade das leis". Entende que sua função "de 'guarda da Constituição' (CF, art. 102 'caput'), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental". E com uma formulação mais simples: "Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último" (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 467).

Nesse contexto, constata-se a imperiosidade de conformação da atuação do Judiciário, seja para direcionar à fundamentação racional dos julgados, já que é por meio da fundamentação de suas decisões que o Judiciário se legitima, dialoga com a sociedade e também possibilita o controle de seus próprios atos (BARROSO, 2012); seja para impor limites a esse poder, que invoca a Constituição para dar interpretação conforme a ela própria e contra sentido literal expresso, como o fez no caso das uniões homoafetivas.

É preciso que se pense em um modelo intermediário, entre a supremacia da lei e a preeminência da jurisdição constitucional.

4 Limites e Possibilidades da Judicialização da Política no Brasil

Há vários trabalhos e estudos científicos cujo objeto central é o aparente conflito entre jurisdição constitucional e democracia[13].

---

[13] Sobre o tema, recomenda-se a leitura de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da**

Por um lado, o Poder Judiciário não é exercido por representante eleitos do povo, motivo pelo qual lhe faltaria legitimidade para a tomada de decisões políticas concernentes à concretização e implementação de direitos fundamentais dos cidadãos – sobretudo dos direitos sociais, que preponderantemente exigem atuação concreta e material por parte do poder público.

Nesse sentido, Jeremy Waldron sustenta que a regra da maioria, em que as decisões são tomadas pelos destinatários da norma, direta ou indiretamente, é a forma mais equitativa para se enfrentar situações de desacordo (WALDRON, 2003, p. 190).

Por outro lado, justifica-se a legitimidade do Judiciário pela sua função institucional de guardião da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional seria pressuposto da democracia, na medida em que não se pode vislumbrar participação popular em contexto de desrespeito aos direitos fundamentais. O sistema contramajoritário (MENDES) de controle de constitucionalidade representaria, assim, mecanismo de autoproteção da própria democracia, destinado a evitar que decisões majoritárias em dados contextos se sobreponham em relação aos direitos mais essenciais dos indivíduos.

De qualquer forma, são poucos os autores que sugerem, no debate atual, a abolição do controle judicial de constitucionalidade. A preocupação agora foca-se nos limites do Judiciário (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 466).

Assim, a discussão relacionada à legitimidade da judicialização da política ou da atuação judicial na tomada de decisões concernentes à concretização de políticas públicas não é objeto de análise deste trabalho, o qual parte do pressuposto da legitimidade do Poder Judiciário para investigar os limites e possibilidade da atuação judicial.

Tendo em vista que a judicialização da política já é fato presente no Brasil, impende investigar as consequências desse fenômeno, bem como

---

Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

propor meios para equalizar o exercício das funções institucionais dos poderes públicos, de modo que o princípio da separação dos poderes não seja solapado pela consagração do Judiciário como superpoder do Estado brasileiro.

4.1 Autoconteção

A teoria da autocontenção (*self-restraint*) é muito difundida nos Estados Unidos e consiste na autolimitação do Judiciário.

Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, não é mesmo verdade que o Judiciário também não deve intervir demasiadamente em problemas políticos examinados legislador[14], pois o juiz que afasta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação dos poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

O ativismo judicial é duramente criticado por Néviton Guedes, para quem:

> Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não

---

[14] A propósito, o art. 68 da Constituição de 1934 previa expressamente que o Judiciário não pode intervir em questões exclusivamente políticas. Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do (1934).

> se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça (GUEDES, 2012).

Assim, o Judiciário deve se pautar pela busca do equilíbrio, pela atuação judicial moderada.

A autocontenção pode ocorrer tanto em relação ao objeto do controle de constitucionalidade, para que o juiz não intervenha em matérias politicamente controvertidas[15], como no que diz respeito aos resultados da jurisdição constitucional, de modo que o Judiciário não de sobreponha ao legislador para incluir conteúdo não previsto ou dar interpretação contrária ao sentido literal da lei[16].

A despeito dessa argumentação, deve-se ter em mente duas dificuldades práticas acerca da doutrina da autoconteção: 1) O limite imposto ao Judiciário é interno e depende de cooperação do próprio juiz para ter operacionalidade, razão pela qual não se prestaria a controlar eventuais desvios ou abusos de poder; 2) A teoria não oferece critérios claros para encontrar o equilíbrio desejável, permitindo divergência judicial sobre as possibilidades de atuação – o que é ativista para um julgador pode não o ser para outro (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

4.2 A Inegabilidade dos Pontos de Partida Hermenêuticos

Tendo em vista que a Constituição é analítica e principiológica, a jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica da posição legalista e preestabelecida à interpretação pautada em princípios, na qual a

---

[15] No Brasil, percebe-se que o Judiciário tem sido utilizado como instância política à qual os derrotados nas deliberações legislativas recorrem, na tentativa de anular a vitória da maioria. A proteção aos direitos fundamentais e a guarda do Constituição são apenas os argumentos lançados para que praticamente todas as lutas políticas relevantes sejam judicializadas.

[16] Os julgamentos dos casos examinados neste trabalho (LOAS, união homoafetiva, aborto de anencéfalos e FPE) não foram, conforme examinado, pautados pela doutrina da autocontenção judicial.

decisão judicial deve ser racionalmente construída e os magistrados têm um campo de atuação elástico.

Diante da plurissignificância de sentido das normas constitucionais, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen afirma que o texto das normas funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade (KELSEN, 1999, p. 387-397).

Friedrich Müller acrescenta que norma não se confunde com o texto da norma. Esse é apenas um programa que estabelece premissa para a interpretação. Não pode haver interpretação contrária ao enunciado literal da norma, mas esse enunciado, por si só, não é suficiente para desvelar o sentido da norma, tanto que há constituições consuetudinárias (MÜLLER, 2000, p. 50-70).

A normatividade decorre da junção entre texto e âmbito da norma, definido por Müller como o conjunto das diferentes funções concretizadoras da norma, a exemplo da concretização promovida por vários órgãos como Judiciário, sociedade, Administração Pública e própria ciência (MÜLLER, 2000, p. 50-70).

Assim, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito. A partir do texto da norma, ponto de partida dogmático, interpreta-se o seu sentido.

A interpretação da norma decorre de um processo iniciado pela interpretação cognoscitiva e completado por um ato de vontade do órgão aplicador, em que a interpretação cognoscitiva oferece várias hipóteses de sentido, todas inseridas na “moldura” da norma, e a definição do sentido aplicável ao caso é estabelecida por um ato de escolha do órgão aplicador (KELSEN, 1999, p. 387-397).

O juiz não é mais considerado mera boca da lei, mas um dos intervenientes do processo de construção do Direito. O ato de vontade judicial

representa decisão política, observada a inegabilidade dos pontos de partida – texto da norma (FERRAZ JR., 1998, p. 97-100).

Assim, não se pode negar o poder criativo dos juízes, mas a atividade hermenêutica é inicialmente limitada pelo texto da norma, o ponto de partida da interpretação, e qualquer orientação que vá de encontro a esse texto, extrapolando a moldura normativa, não teria legitimidade.

4.3 Os Diálogos Institucionais

A rejeição ao modelo da supremacia da lei conduziu à primazia da jurisdição constitucional.

Ocorre que um Estado de Direito não pode se pautar pela preponderância de uma função estatal em relação às demais. É preciso que se busque o equilíbrio institucional, em que haja responsabilização conjunta e diálogo entre juiz e legislador para a proteção dos direitos fundamentais.

Essa harmonização, que permite o exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação do Legislativo, consubstancia o que se convencionou chamar de modelo dialógico, caracterizado pelos permanentes diálogos institucionais entre Judiciário e Parlamento (SOUZA, 2011, p. 320-321).

O sistema dialógico formalmente instituído pelo Canadá é o mais antigo do mundo e talvez também o mais célebre. Ao mesmo tempo em que legitima a jurisdição constitucional, o regime canadense prevê a possibilidade de reapreciação da causa pelo Parlamento, bem como a aplicação da lei por determinado período futuro, não obstante a declaração de inconstitucionalidade. Ao analisar a experiência, Paulo Gonet sustenta que:

> O diploma canadense, porém, contém dispositivo que peculiariza o controle que enseja. A sua Seção 33 sanciona o que se chama de "cláusula do não obstante". Por ela, o Parlamento Federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma,

> mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da "cláusula do não obstante" e tornar superada a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio (BRANCO, 2010, p. 58-66).

Diferentemente do Canadá, o Brasil não possui um modelo comunicacional, embora a história constitucional revele a existência de mecanismo semelhante ao canadense na Constituição de 1937[17] e haja atualmente proposta de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional cujo objetivo é a imposição de limites à atuação judicial, por meio da instituição de sistema dialógico que possibilite a revisão das decisões judiciais pelo Parlamento (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2011).

Apesar da inexistência de procedimento que propicie os diálogos institucionais, é possível inferir do texto constitucional brasileiro de 1988 algumas hipóteses de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo.

O atual art. 52, X, da Constituição, que prevê como competência do Senado Federal a suspensão, com efeitos *erga omnes*, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1194) pode ser classificado como instrumento de diálogo entre poderes.

Consigne-se, ainda, que o art. 102, § 2º, da Constituição estipula que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal são gerais e vinculantes apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, motivo pelo qual o Legislativo não é vinculado pelo conteúdo das decisões

---

[17] Art.96: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal" [Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do (1937)].

proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, podendo, em tese, editar nova norma ratificando o conteúdo da anterior.

Nesse contexto, Sérgio Victor verifica que ocorrem diálogos institucionais quando o Congresso Nacional (re)edita norma cuja inconstitucionalidade já foi assentada pelo Judiciário, seja por meio da promulgação de emendas constitucionais, seja pela nova aprovação de leis infraconstitucionais (VICTOR, 2013, p. 176-187). O autor cita relevantes exemplos de atuação harmônica bem-sucedida, dentre os quais se destaca o caso da contribuição para o custeio de iluminação pública:

> A mesma coisa aconteceu com relação à jurisprudência do Supremo que declarava a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, sob o argumento de que essa espécie tributária não era apta à criação de taxas. Ante a necessidade das localidades de cobrarem tal exação, o Congresso Nacional aprovou a EC 39/2002 que, ao dialogar com a corte, entendeu os fundamentos de sua decisão pela inconstitucionalidade da criação de taxa para o propósito em tela, e instituiu a possibilidade de criação de contribuição para o custeio da iluminação pública (VICTOR, 2013, p. 177-178).

Pode-se compreender também que a técnica de decisão do apelo ao legislador, aplicada nos casos de omissão inconstitucional, também conduz à atuação cooperativa, na medida em que o Judiciário reconhece a mora do Legislativo e indica a necessidade normatização de determinado tema[18].

Perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil ocorreu no caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Ao apreciar o Mandado de Injunção 943, o Supremo Tribunal Federal percebeu que a simples declaração da mora do Legislativo não mais atenderia à força normativa da Constituição, razão pela qual a Corte esboçou decisão concretista, mas optou por adiar o julgamento do feito, para desenvolver proposta de implementação adequada do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

---

[18] Na prática, entretanto, a simples declaração de mora não tem surtido efeitos. Em relação à ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, o Congresso Nacional não editou lei sobre o tema, mesmo após vários anos desde o reconhecimento da omissão inconstitucional.

Diante da sinalização, a resposta legislativa foi rápida, com a regulamentação da matéria antes da devolução dos autos para continuidade do julgamento. O Congresso Nacional editou a Lei 12.506/2011. Após, o STF optou por aplicar os mesmos critérios definidos pelo Legislador para os mandados de injunção pendentes de julgamento, acolhendo a decisão tomada pelo Legislativo. Eis a ementa da decisão:

> Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente (BRASIL, STF, 2013).

A relevância do precedente decorre do fato de prestigiar a decisão política do Legislativo e, ao mesmo tempo, garantir a proteção dos direitos fundamentais.

É possível perceber um acréscimo no coeficiente democrático da deliberação sobre direitos ou políticas públicas no contexto do modelo dialógico, uma vez que a participação dos indivíduos no processo, direta ou indiretamente – por meio dos seus representantes eleitos –, legitima a decisão. Assim, em sistemas onde o controle judicial de constitucionalidade conviva com a participação do Poder Legislativo no debate constitucional, a pluralidade tende a enriquecê-lo e, portanto, a torná-lo mais amplo, democrático (VICTOR, 2013, p. 189).

Conclusão

O presente artigo analisou o fenômeno mundial do reconhecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora das expectativas frustradas dos cidadãos, o qual está atrelado à crise de desconfiança em relação às instâncias políticas clássicas.

Além de solucionar querelas individuais da sociedade, o Judiciário assumiu a proteção dos direitos fundamentais e o exercício da jurisdição constitucional.

Todavia, o modo como exercidas as novas atribuições pode ensejar hipertrofia desmoderada do Judiciário, sobretudo diante da ausência de controle para eventuais desvios ou abusos de poder que possam ocorrer.

Essa consequência negativa foi, a princípio, visualizada no constitucionalismo alemão, mas se repetiu também em outras democracias. O Judiciário passou a ser enxergado como superpoder do Estado.

A análise de algumas decisões polêmicas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – Benefício Assistencial; Uniões Homoafetivas; Aborto de Anencéfalos; e Fundo de Participação dos Estados –, evidencia comportamento altivo da Corte no que diz respeito a decisões políticas.

No caso do benefício assistencial, o STF adotou entendimento contrário ao que houvera seguido por ocasião do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Em relação às uniões homoafetivas, a Corte deu interpretação à norma que não é compatível com o sentido literal do seu texto. Ao julgar o caso do aborto de anencéfalos, o Supremo Tribunal Federal acrescentou o aborto eugênico entre hipóteses em que se permite legalmente a interrupção da gravidez. Por fim, a conclusão a que o Tribunal chegou ao julgar o caso do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) acarretou tensão institucional entre Judiciário e Legislativo, na medida em que o prazo imposto não foi observado.

Assim, todos esses julgamentos indicam que se está a caminhar do contexto da supremacia da lei para a realidade da primazia da jurisdição

constitucional – ou do reconhecimento do Judiciário como superego da sociedade.

É preciso pensar em modelo intermediário, que não encampe a superposição de uma função em relação às outras. Ao contrário, os poderes públicos devem ser exercitados de forma harmônica e interdependente.

Imagina-se que esse modelo seja possível em um Estado onde o Judiciário esteja orientado pelo princípio da autocontenção em questões políticas e observe a inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos.

Acresça-se, ainda, a possibilidade de o equilíbrio entre os poderes ser alcançado por um sistema dialógico de interpretação da Constituição, no qual a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade exclusiva do Judiciário nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de diálogos institucionais entre os poderes.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. In: Revista **CEJ**, v. 9, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. In: **Revista Consultor Jurídico**. 3/1/2012. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente. Acesso em: 1º/4/2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. **Direito Público**. Porto Alegre, v.7, n.31, p. 58-66, jan./fev. 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do (1934).

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do (1937).

BRASIL. Constituição da República Federativa do (1988).

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 50/2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165>. Acesso em 6/5/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/2/2010, DJe de 30/4/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, Rel. Min. Ilmar Galvão, Red. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 27/8/1998, DJ 1/6/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011, DJe de 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 12/4/2012, DJe de 30/4/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 6/2/2013, DJe de 2/5/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, e Recurso Extraordinário 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio, ambos julgados em 13/4/2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Critério da Hipossuficiência Familiar dos Necessitados Postulantes de Amparo Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Julia Maurmann Ximenes. (Org.). **Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania.** 1ed. Brasília: IDP, 2012, v. 1, p. 25-48.

CARVALHO FILHO, José. Os Impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira. **Direito Público** (Porto Alegre), v. 30, p. 212-225, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. . Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: Fellet, André; Paula, Daniel; Novelino, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

FACHIN, Zulmar. Funções do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea e a Concretização dos Direito Fundamentais. **Anima**.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRANÇA. Déclaration des Droits de Lhomme et du Citoyen de 1789, Article III: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”. Disponível em < http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>. Acesso em 28/2/2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Consultor Jurídico**, 23/7/2012. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em 7/5/2013.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Poder Contramajoritário do Juiz**. In: O Globo**. **Disponível em: <**http://www.leieordem.com.br/gilmar-mendes-juiz-nao-e-para-ouvir-o-vendedor-da-esquina.html>. Lei & Ordem. Acesso em: 5/5/2012.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Trad. Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/15073>. Acesso em: 29 abr. 2013.

MÜLLER, Friedrich. Esboço de uma metódica do direito constitucional. In: Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 50-70.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK. Direitos Fundamentais. Trad. Antônio Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva/IDP, 2012.

PRADO, Sérgio. **Federação e Guerra Fiscal**. FGV Projetos e IDP, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Jorge Munhós de.Diálogo Institucional: Em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: Fellet, André; Paula, Daniel; Novelino, Marcelo. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da**

Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito**: O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELEMENTOS DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE CONGRESSO NACIONAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luiz Garibaldi Introcaso*

RESUMO: O propósito deste trabalho consiste, inicialmente, em uma reflexão sobre a natureza e as origens do diálogo institucional entre poderes, tanto no plano teórico como constitucional. Objetiva, como elemento central de investigação, a partir da análise de casos concretos, verificar como vem se desenvolvendo, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o relacionamento institucional entre Supremo Tribunal Federal, órgão de jurisdição constitucional autônoma do Brasil, e Congresso Nacional, órgão representativo do Poder Legislativo Federal brasileiro, procurando identificar o modo como essas instituições lançam mão dos instrumentos constitucionais reservados ao exercício das respectivas competências no ambiente de comunicação institucional brasileiro, pelo que seremos capazes de observar um intenso fluxo de ações e reações entre esses dois poderes da República na tarefa de interpretação do texto constitucional, podendo assim concluir pela existência de um verdadeiro cenário de diálogos institucionais no Brasil.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Poder Legislativo. Controle de constitucionalidade. Diálogos institucionais.

ABSTRACT: *At first, this paper aims to think about the nature and origins of the institutional dialogue between powers, both at the theoretical and constitutional perspectives. By analyzing real cases, this research's core consists in verifying how institutional dialogues have been developed under the 1988's Brazilian Federal Constitution between the Federal Supreme Court and the National Congress, observing how these institutions use their own constitutional competences to promote institutional dialogues, by what we will be able to observe an intense flow of actions and reactions between these two branches of government in the task of interpreting the Constitution, so that we can conclude the existence of real institutional dialogues in Brazil.*

Key-words: Constitutional jurisdiction. Legislative Power. Judicial review. Institutional dialogues.

INTRODUÇÃO – BREVE REFLEXÃO TEÓRICA

---

* Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Analista Legislativo, Atribuição Técnica-Legislativa, da Câmara dos Deputados, onde atualmente exerce a função de Assessor Técnico-Jurídico da Secretaria-Geral da Mesa. *luiz.garibaldi@camara.leg.br*

Ubi societas Ibi ius. Todo aquele que se inicia nos estudos da Ciência Jurídica aprende, em sede de lição básica, que sociedade, poder e direito são fenômenos que estão ligados por uma equação de inevitabilidade. Que isso quer dizer? Simplesmente que, em sociedade, alguém necessariamente tem o poder de ditar o direito e a ordem. Não há espaço vazio de regulação. Por onde e em que dimensão se estenda a sociedade, paralelamente a acompanhará o exercício do poder e a respectiva imposição do direito. Sendo pessoal e individualizado o domínio do poder, unilateralmente será imposto; quando coletivo, dialeticamente deverá ser exercido.

Antes da organização da sociedade em estado de civilização, dizia-se o homem em estado de natureza, de brutalidade, onde a força e a astúcia sobrepujavam a fraqueza e a deficiência. Os teóricos do pacto social, seja amparados na maldade inata do homem ou na evolução histórica da inteligência humana, deram-nos um excelente parâmetro de raciocínio para a compreensão da organização política da sociedade humana, porquanto ofereceram-nos a ideia de direitos e deveres postos em uma ordem jurídica, derivados ou não do estado anterior de não-organização (PIÇARRA, 1989).

Essa reunião racional e política dos homens faz surgir no cenário um elemento abstrato, mas concreto ao mesmo tempo, que ultrapassa os sujeitos individualmente considerados e que se projeta como garantia de vida e de realização pessoal dos sujeitos reunidos em sociedade: o estado.

Característica inerente a essa projeção coletiva em aparato estatal é a formulação de uma ordem jurídica, com severas pretensões de exclusividade. Veja-se, por exemplo, que, a Igreja, em sua manifestação concreta de poder, buscava emprestar ao mundo uma visão de ordem e comportamento humano incontestáveis e inflexíveis, assim como os reinados que com ela se aliavam por soluções de conveniência e pragmatismo.

A unificação da ordem jurídica em sistemas fechados e monopolistas, como eram as monarquias absolutistas e a Igreja, levou ao abuso e à falta de controle, tendo em vista que a aparência de organização política, moral e

religiosa, não lograva esconder seus graves contrastes com a realidade de opressão, morte e desespero que recaía sobre grande parte da população. A coação física direta e desmedida persistia em ser o instrumento de imposição dos sistemas de regras que unilateralmente eram colocados em vigor.

Nessa conjuntura, a transformação da sociedade através do exercício de competências privadas era impossível de suceder, haja vista sua natureza estática, petrificada e estamentizada, que muito pouco ofertava ao homem e à mulher que desejava melhorar sua condição de vida; não havia o direito de buscar a felicidade, apenas o de aceitar a realidade herdada no nascimento.

Uma nova era não teve outra alternativa para entrar na história senão pela porta da violência, manifesta nas revoluções, embora com aprofundadas raízes teóricas. Já de muito se raciocinava sobre os papéis dos estamentos sociais no desempenho harmônico da vida em sociedade, com base na antiga noção de constituição mista dos gregos, também utilizada para o desenvolvimento da monarquia parlamentar inglesa (PIÇARRA, 1989).

Outros raciocínios, já voltados para um tipo de sociedade em que os homens não mais ocupariam posições ou classes pré-determinadas pelo nascimento ou pela ocupação, mas na qual os homens seriam tidos, por conta de princípio, como livres e iguais em direitos e obrigações, orientaram a noção segundo a qual o desenvolvimento harmônico desse modelo social dependeria da sua separação em face do aparato estatal, fortalecendo o sentimento de liberdade, e ainda de que o estado deveria estar disposto orgânica e funcionalmente de modo que jamais o poder de ditar as regras e definir os comportamentos estivesse concentrado nas mãos de um único ser ou “corpo de principais” (MONTESQUIEU, 2003). Almejava-se, com base nesse desenho institucional, que o poder controlasse o poder, como garantia basilar dos direitos assegurados aos indivíduos.

O direito, portanto, nesse modelo social, seria criado, exercido e efetivado nos termos de preceitos superiores, dogmaticamente escritos ou consuetudinariamente construídos, que, visando a assegurar direitos

individuais básicos do cidadão em face de intromissões indevidas do estado, deveria definir uma estrutura desconcentrada do aparato estatal, para que o poder de criar regras gerais não fosse exercido por aquele que as interpreta e as faz cumprir, para que não houvesse juízes em causa própria ou para que inexistissem executores que legislam a regra de execução.

O rei era o sol e nada havia acima dele; o papa, o representante de deus sobre a Terra. Nesse cenário, que diálogo interno de poder poderia ou deveria haver, dada a sua natureza metafísica ou divina? Trazida a fonte que legitima o poder para os homens que vivem na Terra e que se organizam em sociedades regradas pelo direito fincado na liberdade e na igualdade, na participação e na possibilidade de ação, necessariamente mecanismos de entendimento recíproco tiveram de ser (re)estruturados, a exemplo da separação de poderes, da democracia e da república.

A ideia, portanto, de diálogo ou comunicação entre instituições do estado é inerente à divisão interna do poder, à noção de *checks and balances* e à pretensão de equilíbrio e harmonia entre os poderes.

2 TRIPARTIÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA; INSERÇÃO DOS VETORES DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, DA VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O modelo teórico que Montesquieu teve o êxito de universalizar nos traz a figura de três poderes: o poder legislativo, o poder executivo, e o poder judiciário (este, por ele inicialmente denominado de poder executivo que dependia do direito civil, em oposição àquele que dependia do direito das gentes – regras de relações internacionais –, o qual consubstanciaria o poder executivo propriamente dito).

A separação deveria ser moldada em razão das funções que cada qual exerceria. A divisão orgânica objetivava o desempenho de funções e o

cumprimento de poderes-deveres institucionais[19], de modo que a estrutura e a organização funcional de cada poder melhor respondessem aos seus compromissos perante a sociedade (CANOTILHO, s/d).

Nesse passo, o poder legislativo, ao qual incumbiria precipuamente o poder de editar leis gerais que refletissem a vontade geral, de autorizar e de fiscalizar a atuação da administração pública (poder executivo), melhor se desincumbiria de seus deveres se organizado em assembleia geral/parlamento, como de fato passou a ser, constituindo-se em verdadeiro foro de encontro e de debate entre as ideais políticas dominantes na sociedade, realizando assim a tarefa de representação da vontade da maioria[20].

O poder executivo, considerados os seus deveres gerais de realização do interesse público, de manutenção da ordem interna, de defesa territorial do estado e de representação política no plano das relações internacionais, passou a configurar-se como a face do poder que externa o legítimo exercício da força, da gestão e do efetivo gasto dos recursos públicos e, mais tarde, da tecnocracia. Sua organização, assim, deveria fazer frente a esses misteres, o que se efetivou mediante a instalação de um enorme aparato de burocracia estatal, bem como pela criação, desconcentração e descentralização de órgãos e agentes responsáveis pela ação do estado. Os princípios da especialidade, da hierarquia e da vinculação ao interesse público previsto em lei passaram a orientar a estruturação do poder executivo.

Tanto nos presidencialismos como nos parlamentarismos, o poder executivo passou a dividir-se em pastas, em razão da matéria, titularizadas por ministros que se vinculam à chefia de governo – presidente da república ou primeiro-ministro –, e que respondem por uma estrutura burocrática dotada de

---

[19] Essa compreensão é deveras importante, porquanto ao longo da história podemos verificar, mesmo no Brasil, momentos constitucionais em que os poderes estavam organicamente divididos, mas funcionalmente concentrados. A divisão orgânica, pois, não necessariamente refletirá uma separação funcional dos poderes.

[20] Colocamo-nos, aqui, à parte de incursões históricas que apontariam as divergências teóricas que existiram acerca das tarefas de representação do parlamento, se derivadas da soberania popular ou da nação. Limitamo-nos à noção de democracia representativa, por meio da qual os cidadãos se vêm presentes no poder legislativo por meio de seus representantes eleitos.

orçamento próprio, destinada à realização de um fim estatal específico. O poder executivo, em tese, deve estender suas ações por todo o tecido social, fazendo-se presente onde houver interesse público a ser realizado: daí a sua dimensão.

O poder judiciário, por sua vez, considerado o seu dever fundamental de resolver, conforme a lei vigente, os litígios que surgissem entre as pessoas no desenrolar da vida em sociedade, não deveria ser composto senão por autoridades que muito bem conhecessem o ordenamento jurídico elaborado pelo poder legislativo, ao ponto de serem capazes de transpor para cada caso concreto a solução prévia e abstratamente prevista em lei.

O paradigma histórico desse cenário institucional foi o movimento iluminista, caracterizado pelo positivismo, que significava afastar da compreensão humana acerca da vida quaisquer vestígios de superstições, crendices ou dogmatismos que não pudessem ser concretamente observados e positivamente comprovados pelo exercício objetivo da razão humana.

Projetando-se para o funcionamento do estado, o iluminismo concebeu o legislador como um homem virtuoso, ilustre, racional, desapegado das necessidades materiais – uma vez já bem sucedido no campo dos negócios, que, no exercício de sua clarividência, seria capaz de antever todas as potenciais situações de conflito em sociedade e, desde logo, mediante a elaboração de preceitos gerais, abstratos e impessoais, emprestar antecipadamente a solução aplicável a cada uma delas.

No paradigma europeu continental, à constituição, como norma fundamental, competia desenhar esse arranjo institucional, sem ir muito além. Cumpria-lhe pronunciar exortações virtuosas aos mandatários do poder na veste de pretensos direitos fundamentais, universais e absolutos. A regra de direito seria, na prática, definida pela lei editada pelo legislador, portador da vontade geral. Vivia-se a supremacia do parlamento, a primazia e a centralidade da lei no ordenamento jurídico.

Sabemos que tudo isso mudou. A liberdade e a igualdade formais entre os homens afundou a sociedade em crises humanitárias lastimáveis, dando lugar à questão social. A beleza da vida prevista nos códigos de direito abre caminho à complexidade e à multilateralidade das relações sociais. Surge a sociedade de massas, o conflito de classes e a tecnocracia (SOARES, 1969). A individualidade do sujeito de direito como ativo político é absorvida na legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e de outras formas associativistas, abrindo caminho à universalização do sufrágio (ANDRADE, 2004).

A lei não é mais fruto de um labor intelectual puro e despido de paixões; torna-se instrumento de políticas públicas setoriais, estratégicas, desenvolvimentistas, técnicas e com objetivos concretos. Passa ela a traduzir o resultado de conflitos políticos que, por seu turno, espelham o atrito entre forças sociais e econômicas que lutam por defender seus específicos interesses. A generalidade e a abstração da lei passam a demandar nova compreensão. É o que se denominou “crise da lei”.

Os direitos fundamentais evoluem e à dimensão individual agrega-se a social. Os deveres negativos do estado, de não-intromissão, vêm-se acompanhados de deveres de ação positiva e prestacionais, que passam a reclamar sua intervenção na economia e muitas vezes sua ação como estado-empresarial. Passa o estado a desempenhar deveres de transformação da realidade social, de redistribuição das riquezas, de socorro às necessidades públicas e às situações de vulnerabilidade das pessoas (orfandade, desemprego, doença, velhice, maternidade...).

A lei perde o seu encanto iluminista; o parlamento não acompanha tempestivamente as transformações sociais e a dura realidade da vida fortalece o poder executivo como agente de salvaguarda da liberdade e da igualdade materiais.

Por seu turno, a escassez de recursos, a exacerbação nacionalista, o enfraquecimento das funções de representação popular e de legislar do

parlamento, o fortalecimento militar do poder executivo e a negativa ao diálogo, com a ascensão ditatorial dos chefes de nação, culminam por subsidiar a eclosão dos dois eventos bélicos mundiais da primeira metade do século XX, que estiveram na base de uma nova etapa civilizatória da humanidade.

A fraqueza dos parlamentos na garantia legislativa dos direitos e sua incapacidade de frear o exercício ditatorial do poder pelo executivo criaram as condições necessárias para que a constituição passasse a ocupar posição de centralidade e supremacia no ordenamento jurídico, não apenas no estabelecimento do arranjo institucional do estado, mas igualmente na previsão de direitos fundamentais dos cidadãos, lastreados na dignidade inerente da pessoa humana, que independeriam de repositivações no ordenamento jurídico para que lograssem vigência e eficácia, podendo desde logo serem acionados judicialmente para fins de tutela. A intermediação legislativa passou a ser materialmente vinculada e com caracteres de secundariedade como fonte de produção de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2001).

Surge a via da justiciabilidade dos direitos constitucionais, e com ela o inegável fortalecimento do poder judiciário e a expansão ocidental da jurisdição constitucional autônoma (BARROSO, 2007), levada a efeito por tribunais especializados em matéria constitucional, colocados fora e acima da tradicional separação de poderes e como instância de fiscalização e controle do cumprimento da constituição pelos três poderes constituídos, encerrando em si a guarda derradeira da constituição na ordem interna. Se, antes, as linhas que demarcavam os limites existentes entre os domínios do direito e da política pareciam bem definidas, nesse novo estágio da tripartição dos poderes essas balizas tornam-se extremamente rarefeitas, muitas vezes inexistentes.

A nova constituição, substancialmente democrática, por não se limitar à mera organização do estado, passou a absorver em seu conteúdo dilatadas expressões da vida social com pretensões de aplicabilidade direta e imediata. O legislador é chamado a atuar como executor de um programa constitucional que não pode ser descumprido por omissão, suscetível de controle pelo

judiciário (SILVA, 2003). A lei, como instrumento de garantia dos direitos, não passou a ser desnecessária, haja vista a limitação da capacidade regulatória da constituição como obra fundamental.

Os códigos e demais espécies legislativas continuaram com sua importância, por consistirem nos instrumentos estatais que fazem o programa constitucional alcançar os detalhes da vida em desenvolvimento, sem o quê tornaria a constituição belo monumento reservado à mera contemplação.

Possível se verificar, nesse novo contexto de relacionamento entre os poderes, uma verdadeira concorrência entre poderes legislativo e judiciário na tarefa de concretização da constituição, ou seja, de dizer qual o seu significado. Considerada a aptidão do poder judiciário produzir a coisa julgada, costuma-se sustentar uma supremacia da jurisdição constitucional no desempenho desta missão institucional, reconhecendo-lhe assim o poder de dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Todavia, entendemos que essa supremacia judicial, embora possível a partir de uma visão neoconstitucionalista do ordenamento jurídico democrático, abarca uma visão limitada da realidade e que pressupõe a unilateralidade no exercício das competências constitucionais dos poderes legislativo e judiciário, no sentido de que ante uma lei vigente somente seria possível a declaração de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e, neste último caso, definitivamente estaria encerrada a discussão sobre o assunto.

A experiência constitucional dos países redemocratizados após a 2ª Guerra Mundial dá mostras de que ao lado desta supremacia judicial pode e deve haver um diálogo institucional entre jurisdição constitucional e legislativo, como é possível se depreender dos tipos decisórios intermédios construídos, notadamente, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a exemplo dos apelos ao legislador, das decisões de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (MENDES, 2008) e das decisões de trânsito para a inconstitucionalidade (MENDES, 1992), e pela Corte Constitucional da Itália, a

exemplo das sentenças aditivas, designadamente as aditivas de princípio (PICARDI, s/d).

Nessa base, podemos discriminar que o diálogo institucional entre legislativo e jurisdição constitucional deve pressupor, essencialmente, os seguintes elementos: a) uma constituição normativa, principiológica e que vincula a ação do legislador tanto negativa como positivamente; b) o exercício de uma jurisdição constitucional que não limita suas ações na simples declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade dos provimentos legislativos, mas que absorve a competência para: b.1) manipular hermeneuticamente o significado e o alcance desses atos legislativos, b.2) reconhecer a mora do legislador, b.3) concretizar o texto constitucional a despeito da inação legislativa, e b.4) produzir decisões que possuam como objetivo estimular a produção ou correção legislativa; c) a possibilidade de reação ou reanálise do poder legislativo acerca de matéria contida em decisão proferida pela jurisdição constitucional, seja para absorvê-la em novo ato legislativo, para contradizê-la com a reedição do ato cassado, ou para dela extrair ensinamentos a serem incorporados em políticas públicas de maior alcance (BERMAN et. al., 2010).

No entanto, segundo entendemos, a realidade constitucional sempre será mais rica do que os louváveis esforços doutrinários destinados a sistematizar as teorias e os mecanismos de diálogos institucionais, de sorte que podemos igualmente enxergar modalidades indiretas de diálogos entre jurisdição constitucional e legislativo, como sendo aqueles que não são travados de modo direto em torno de certa matéria constitucional, mas a partir da qual outros assuntos constitucionais igualmente relevantes são revelados reflexamente; bem como diálogos orgânicos, ou seja, que não possuem como tema central questão de direitos fundamentais, mas sim o regular funcionamento constitucional dos órgãos representativos do poder, capaz de envolver no processo de diálogo também o poder executivo.

É o que investigaremos a partir do exame de alguns casos concretos.

3 DESENVOLVIMENTO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE LEGISLATIVO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL – ELEMENTOS CONCRETOS DE OBSERVAÇÃO[21]

3.1 Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço

O art. 7º, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988 – CF/88, garante aos trabalhadores, urbanos e rurais, direito a aviso proporcional ao tempo de serviço, na forma prevista em lei, sendo no mínimo de trinta dias. Trata-se, portanto, de uma norma constitucional originária que, ao veicular norma assecuratória de um direito fundamental dos trabalhadores – insuscetível, pois, de negativa por parte dos poderes constituídos – impôs ao legislador ordinário um dever de legislar, específico e concreto, de natureza exclusivamente normativa, ou seja, que não exige escolhas de natureza ecônomico-financeira na alocação de recursos públicos.

O dever de legislar, na hipótese, circunscreve-se à mera edição de norma regulamentadora, variante que, no estudo das inconstitucionalidades por omissão legislativa, costuma agravar ou mesmo facilitar um juízo de reprovação da omissão pela jurisdição constitucional, porquanto torna mais evidente a injustificabilidade do atraso e do excesso de prazo para legislar.

Por estar a falta da norma regulamentadora inviabilizando o efetivo exercício de um direito assegurado pela Constituição, consolidou-se um estado de fato que permitiu aos interessados o manejo do remédio constitucional denominado mandado de injunção, previsto no art. 5º, inc. LXXI, da CF/88, visando ao gozo concreto do direito.

O assunto perpassou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF acerca do alcance decisório do mandado de injunção. Registrem-se,

---

[21] Todas as referências, formuladas nesse tópico, relativas a proposições legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, foram extraídas, respectivamente, dos *sites* «www.camara.leg.br» e «www.senado.leg.br», com acesso entre os dias 14.05.2013 a 28.11.2013. Todas as referências, formuladas nesse tópico, relativas a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, foram extraídas do *site* «www.stf.jus.br», com acesso entre os dias 14.05.2013 a 29.11.2013.

assim, os Mandados de Injunção n. 369/DF, n. 95/RR, julgados no ano de 1992; o Mandado de Injunção n. 278/MG, julgado no ano de 2001; e o Mandado de Injunção n. 695/MA, julgado no ano de 2007, nos quais a Corte se limitou a reconhecer o estado de mora legislativa e a comunicá-lo ao Congresso Nacional, emprestando ao mandado de injunção o efeito previsto no art. 103, § 2º, da CF/88, relativo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Revelou-se, por conseguinte, o mandado de injunção, nesse período, como icônico instrumento de diálogo institucional entre jurisdição constitucional e parlamento que visava a uma superação concertada e bilateral do estado de omissão legislativa inconstitucional.

Cediço que, evoluindo nessa jurisprudência, em muito causada por reiteradas e abusivas omissões do legislador em adimplir com os seus deveres constitucionais de legislar, passou a Suprema Corte a proferir provimentos satisfativos do direito em sede de mandado de injunção. Na espécie, é o caso dos Mandados de Injunção n. 943/DF, n. 1.010/DF, n. 1.074/DF e n. 1.090/DF.

Julgados conjuntamente em 06.02.2011, a Corte deferiu a possibilidade de exercício do direito ao aviso prévio proporcional por tempo de serviço mesmo sem a devida mediação concretizadora do legislador ordinário. Contudo, por se tratar de direito sem paralelo no ordenamento jurídico, deveria a Corte regulamentar o seu exercício mediante a criação *ex nihilo* de parâmetros normativos necessários a esse fim. Desse modo, por configurar-se, na hipótese, uma verdadeira tarefa de inovação legislativa acometida à Suprema Corte, os processos foram suspensos, por sugestão do relator, Ministro Gilmar Mendes, para que fosse elaborada a versão final da parte dispositiva da decisão após debates em torno das sugestões de regulamentação apresentadas.

Paralelamente, com o objetivo de regulamentar a matéria, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado – PLS n. 89/1989, aprovado nessa Casa no próprio ano de 1989 e enviado à Câmara dos Deputados onde

passou a tramitar como Projeto de Lei – PL n. 3.941/1989. Esse projeto de lei logrou regular tramitação na Câmara dos Deputados até o dia 14.09.1995, onde já havia recebido parecer favorável da então Comissão de Economia, Indústria e Comércio – CEIC[22], da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público – CTASP e da então Comissão de Constituição, Justiça e Redação – CCJR[23].

Provavelmente sob a influência da decisão de procedência proferida pelo Supremo Tribunal Federal no dia 06.02.2011 e com a posterior suspensão dos processos, o PL n. 3.941/1989 ressuscita na Câmara dos Deputados no dia 05.07.2011 e tem um requerimento de urgência urgentíssima aprovado no dia 21.09.2011 para sua imediata inclusão da ordem do dia do Plenário, na forma do art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. No mesmo dia, foi debatido, votado e aprovado, sendo encaminhado à sanção da Presidência da República, após o quê foi transformado na Lei n. 12.506, de 13 de outubro de 2011.

Foram dezesseis anos em que a proposição ficou adormecida na Câmara dos Deputados, vindo a ser resolvida em três meses, após a sinalização dada pela Suprema Corte de que a regulamentação do direito viria pela via judicial.

Estamos perante um caso que, de modo claro e nítido, houve uma reação do legislador em face de uma iminente regulação judicial de um direito fundamental até então inoperante por conta de sua inescusável inércia normativa, consistindo o provimento judicial como inquestionável elemento de impulso à ação legislativa.

3.2 Imunidade previdenciária das entidades beneficentes de assistência social

---

[22] Atual Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio – CDEIC.
[23] Atual Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC.

O art. 195, § 7º, da CF/88, isenta de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. Sua leitura deve ser feita em conjunto com o art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que determina que "[o]s projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício" deveriam ter sido "apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional", que teria seis meses para apreciá-los.

Logo nos primeiros anos de vigência da nova ordem constitucional o STF foi chamado a se pronunciar sobre o assunto. Com efeito, em 02.08.1991, a Corte julgou o Mandado de Injunção n. 232/RJ, por meio do qual fixou seu entendimento sobre a questão.

Sem dificuldades foi a constatação da inconstitucionalidade da omissão legislativa, já que de verdadeira ordem constitucional se tratava; decorrido o tempo fixado no texto da Lei Maior sem o cumprimento do dever nele consignado, operou-se automaticamente a mora em concretizar a norma constitucional.

A decisão fixou um novo prazo de seis meses, dessa vez judicial, dentro do qual haveria de ser colmatada a lacuna normativa; mantida a inércia, passaria a associação impetrante à fruição direta do benefício fiscal mesmo na ausência de norma regulamentadora, no reconhecimento de que já vigiam suficientes elementos normativos no ordenamento jurídico capazes de conferir suporte jurídico adequado ao exercício do direito, operando-se, em verdade, uma mutação da natureza da norma constitucional: de dependente de lei específica à norma autoaplicável.

Somente em 22.02.2005, por iniciativa do Senador Flávio Arns, teve início no Congresso Nacional a tramitação de proposição voltada à regulamentação do direito previsto no art. 195, § 7º, da CF/88. Tratava-se do PLS n. 20/2005, aprovado no Senado Federal em 04.10.2006, e que tramitou

na Câmara dos Deputados na forma do PL n. 7.494/2006, vindo a ser transformado na Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009.

Com base nessas informações, não vislumbramos que a decisão proferida pelo STF no seio do Mandado de Injunção n. 232/RJ, já em 1991, tenha, de algum modo, servido de impulso normativo ao Congresso Nacional, considerado o tempo que levou até a apresentação do PLS n. 20/2005 e sua aprovação somente em 2009, dezoito anos depois de ter sido assegurado judicialmente o exercício do direito.

É possível inferir, por outro lado, que a garantia judicial do direito, caso a caso, mediante a análise de processos subjetivos, de certo modo pode colocar o legislador em uma posição mais confortável, de menor pressão, pois ao argumento de que a ausência de lei estaria a inviabilizar o gozo de direitos, responder-se-ia ser desnecessária a lei, já que o poder judiciário já seria capaz de garanti-los direta e individualmente aos interessados.

Em outras palavras, uma tentativa de diálogo, iniciada por decisão judicial concretizadora de direito carente de regulamentação legal, pode ser recepcionada na arena política como sinal legitimador da sua inércia, por retirar-lhe dos ombros o ônus de garantir, originariamente, o efetivo gozo do direito fundamental.

3.3 Tramitação das medidas provisórias

O art. 62, § 9º, da CF/88, acrescido ao texto constitucional com a Emenda Constitucional n. 32/2001, determina que as medidas provisórias editadas pela Presidência da República, antes de serem apreciadas por cada Casa do Congresso Nacional, serão examinadas por comissão mista de Deputados e Senadores que sobre elas devem emitir parecer.

Essa exigência constitucional – prevista para fortalecer o poder de fiscalização do Congresso Nacional sobre os aspectos de relevância e urgência das medidas provisórias antes mesmo de seguirem para deliberação das duas

Casas, visto tratar-se de exercício atípico de competência normativa primária do Chefe do Poder Executivo que altera, parcial e precariamente, a típica separação de poderes – vinha sendo sistematicamente descumprida.

Com efeito, o § 1º do art. 6º da Resolução do Congresso Nacional n. 01/2002 autorizava que, uma vez ultrapassado o prazo de 14 dias previsto no *caput* do art. 5º para que a comissão mista deliberasse sobre a medida provisória, essa seguiria automaticamente para o Plenário da Câmara dos Deputados, *locus* em que seria proferido oralmente, pelo relator, o parecer da comissão mista, acarretando uma indevida concentração de poderes na alçada de um único parlamentar. Na prática, nenhuma comissão mista temporária destinada a proferir parecer sobre medidas provisórias vinha sendo efetivamente instalada. Inúmeras medidas provisórias foram aprovadas segundo esse rito.

Entrementes, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 4.092, em março de 2012, após lançar mão de expediente processual duvidoso, terminou por julgar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Resolução do Congresso Nacional n. 01/2002 que permitiam a supressão da fase de deliberação da media provisória na comissão mista.

Encarando esse novo parâmetro, tramitou no Congresso Nacional a Medida Provisória n. 595/2012, conhecida como MP dos Portos. A matéria, de urgência constitucional inquestionável – dado o lastimável estado de precariedade e modernização tardia do sistema portuário brasileiro –, demorou sua tramitação na comissão mista por cem dias, dentro dos cento e vinte que o Congresso Nacional tem para deliberar.

Ao chegar o processado no Plenário da Câmara dos Deputados, uma situação de intenso conflito de interesses dentro da base aliada do governo ficou evidenciada, especialmente em face da exiguidade de tempo em que a proposição tinha para ser apreciada pelas duas Casas e da imprescindibilidade da sua aprovação na perspectiva do poder executivo.

A “tropa de choque” do governo foi toda ativada, mas a oposição soube muito bem aproveitar as divergências internas da base aliada e levou a tramitação da Medida Provisória até o limite de seu prazo constitucional, fazendo com que a Câmara dos Deputados registrasse mais de quarenta horas de sessão plenária, a maior de sua história, levando à exaustão todos os parlamentares envolvidos. O desgaste iria mostrar seus resultados.

Sob pressão, o Senado recebeu o processado no dia 16.05.2013 e aprovou a Medida Provisória no mesmo dia, após o qual perderia eficácia por decurso de prazo. Em resposta ao amesquinhamento da tarefa dessa Casa legislativa na apreciação de medidas provisórias, sua Mesa Diretora decidiu criar uma regra de comportamento que impede a apreciação de medidas provisórias que cheguem da Câmara dos Deputados com prazo inferior a sete dias de validade.

O mesmo problema se verificou na tramitação da Medida Provisória n. 605/2013, responsável pela redução das tarifas de energia elétrica. Mesmo após sucessivas sessões extraordinárias na Câmara dos Deputados realizadas para a aprovação do texto, o Senado Federal negou sobre ela deliberar em razão da escassez de tempo hábil para fazê-lo com responsabilidade. Acabou por perder eficácia por decurso de prazo e a colocar o governo em uma situação desconfortável por comprometer uma de suas principais políticas para o ano de 2013, visando à retomada do crescimento econômico.

Esse contexto expôs que as medidas provisórias efetivamente estavam a demorar, em média, cem dias na comissão mista, reservando apenas vinte para a deliberação dos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, levando a que os Presidentes das duas Casas se reunissem com a Presidente e com o Vice-Presidente da República, para que fosse revista a prática de encaminhar para o Congresso Nacional, via medida provisória, matérias tão complexas e abrangentes em vista do interesse nacional. Foi, assim, estabelecido um novo canal de comunicação institucional entre parlamento e chefia do Poder Executivo – provocado, na origem, por uma

decisão da jurisdição constitucional – que poderá culminar na criação de novas práticas de relacionamento institucional[24].

Reabriram-se, no mesmo rumo, vias de comunicação institucional acerca da tramitação das medidas provisórias pela sistemática da comissão mista[25]. Nesse sentido, a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 70/2011, que racionaliza o processamento das medidas provisórias nas duas Casas do Congresso Nacional e em tramitação na Câmara dos Deputados desde o dia 17.08.2011, teve a instalação de Comissão Especial, que sobre a matéria deverá emitir parecer, determinada pelo Presidente da Câmara dos Deputados no dia 05.06.2013, dando mostras de que suas discussões serão retomadas e que em algum espaço de tempo poderemos ter mais uma alteração constitucional em matéria de tramitação das medidas provisórias no Congresso Nacional.

3.4 Criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios

O art. 18, § 4º, da CF/88, dispõe que "[a] criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei".

Provocado a se manifestar sobre a criação de Município em desconformidade com o que estatuído nesse dispositivo, acrescido ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 15/1996, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO n. 3.682, em

---

[24] Cf. "Novo Código da Mineração será enviado ao Congresso por projeto de lei", disponível em «www.camara.leg.br», acesso em 04.06.2013.
[25] Cf. "Dilma reduzirá número de MPs para acalmar base aliada", disponível em «http://veja.abril.com.br/noticia/brasil», acesso em 04.06.2013.

09.05.2007, declarou a mora do Congresso Nacional e fixou-lhe o prazo de dezoito meses para colocar em vigor a normatização faltante. Essa fixação de prazo, uma inovação na jurisprudência do STF quanto à eficácia decisória da ação direta por omissão, foi recebida de forma reacionária e negativa pela Presidência da Câmara dos Deputados, que oficiou o Presidente do STF comunicando que o prazo não seria cumprido[26].

Todavia, a declaração judicial da omissão obteve sucesso em produzir efeitos sobre o comportamento do legislador. Em 18.12.2008, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 57/2008, inserindo no ADCT o art. 96, que convalidou "os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação". Resolveu, assim, pela via da emenda constitucional, um grave problema suscitado na ADO n. 3.682.

Nesse período, em tramitação no Senado Federal desde 2002, o PLS n. 98/2002 foi aprovado nessa Casa e encaminhado para a Casa revisora no dia 17.10.2008, onde passou a tramitar na forma do Projeto de Lei Complementar – PLP n. 416/2008. Sob paulatina pressão do movimento de emancipação municipalista, que levou às tribunas do Plenário da Câmara dos Deputados centenas de pessoas, esse PLP foi aprovado no dia 04.06.2013, retornando ao Senado Federal para análise das emendas da Casa revisora.

A matéria foi aprovada e encaminhada à Presidência da República, onde foi integralmente vetada[27] por contrária ao interesse público, ao amparo de nota emitida pelo Ministério da Fazenda, de acordo com a qual

> A medida permitirá a expansão expressiva do número de municípios no País, resultando em aumento de despesas com a manutenção de sua estrutura administrativa e representativa. Além disso, esse crescimento de despesas não será acompanhado por receitas equivalentes, o que impactará

[26] CHINAGLIA, Arlindo. Contra a Intromissão do Judiciário. *in. Revista Isto É*, 03/set. 2008, p. 6/10.
[27] Veto n. 47/2013, disponível em «www.senado.leg.br», acesso em 29.11.2013.

> negativamente a sustentabilidade fiscal e a estabilidade macroeconômica. Por fim, haverá maior pulverização na repartição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, o que prejudicará principalmente os municípios menores e com maiores dificuldades financeiras.

Os elementos de diálogo institucional que este caso apresenta são significativamente interessantes, porquanto reveladores do campo em que cada poder está preparado e apto a atuar em sua tarefa de concretização do texto constitucional.

Nessa linha, a jurisdição constitucional, de olho apenas na normatividade do texto magno, declarou a mora legislativa e fixou prazo para o legislador se desincumbir de seu encargo legiferante; o legislativo, crescentemente pressionado por manifestações populares dentro do Palácio do Congresso Nacional e atraído pela ampliação da estrutura político-administrativo na esfera municipal, aprovou o projeto de lei tendente a cumprir com o dever de colocar em vigor normas de organização e procedimento para viabilizar a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios; a Presidência da República, no exercício de sua prerrogativa política de sancionar ou vetar projetos de lei aprovados no Congresso Nacional, introduziu na discussão um vetor de natureza fiscal e macroeconômica que termina por emprestar à questão um novo elemento de indiscutível relevância jurídico-constitucional, elemento este que talvez somente ele, poder executivo, estivesse capaz de levantar, haja vista sua posição de gestor do orçamento e dos recursos públicos em geral.

A última palavra ainda haverá de ser dada pelo Congresso Nacional, na apreciação do veto presidencial. Porém, se mantido for o veto, será possível persistir em um juízo de omissão legislativa inconstitucional, ou simplesmente estaremos perante um domínio normativo constitucional cuja concretização depende de avaliações políticas que escapam das capacidades funcionais da jurisdição constitucional? Acreditamos mais provável a segunda opção.

3.5 Apreciação de vetos presidenciais pelo congresso nacional

Em 06.11.2012, a Câmara dos Deputados aprovou, na condição de Casa revisora, o PL n. 2.565/2011, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha.

Em termos comuns, cuidava-se das novas regras de distribuição dos royalties decorrentes da exploração do petróleo, especialmente a região do pré-sal, com o escopo de beneficiar financeiramente os Estados e Municípios não-produtores, promovendo, assim, uma real e profunda transformação no modo como a questão historicamente vinha sendo tratada na ordem jurídica brasileira.

A Presidência da República, pressionada pelos governos e representantes dos entes federativos produtores, vetou dispositivos do projeto de lei para que as novas regras de redistribuição dos royalties não atingissem contratos de exploração de petróleo já em vigor[28].

Devidamente comunicado à Presidência do Senado Federal, o veto foi incluído na pauta da sessão conjunta do Congresso Nacional do dia 19.12.2012. Todavia, dias antes, o Deputado Federal Alessando Molon, do Estado do Rio de Janeiro, impetrou no STF o Mandado de Segurança n. 31.816, questionando a constitucionalidade do processo de deliberação do veto.

O Relator da ação, Ministro Luiz Fux, acolheu as razões do impetrante e deferiu liminar para suspender a tramitação do veto no Congresso Nacional. Em síntese, sustentou que o art. 66, §§ 4º e 6º, da CF/88, determinam que a não apreciação de veto dentro de 30 dias após recebido pela Presidência da

---

[28] Veto Parcial n. 38/2012, disponível em «www.senado.leg.br».

Mesa do Congresso Nacional importa a sua inclusão automática na pauta da sessão seguinte, sobrestando-se todas as demais deliberações do Congresso Nacional. A consequência disto, para o Relator, é que um veto não apreciado tempestivamente entra na pauta da sessão seguinte na ordem cronológica de sua apresentação, ou seja, para se deliberar o veto n. 900, por exemplo, seria necessário deliberar sobre todos aqueles mais antigos que também estivessem trancando a pauta, sendo vedado ao Congresso Nacional selecionar, para deliberação, qualquer destes vetos, quando isso importasse rompimento da ordem cronológica em que entraram na pauta.

No caso concreto, vigia no Regimento Comum do Congresso Nacional regra que definia como marco inicial dos 30 dias acima apontados a data em que o Presidente da Mesa do Congresso Nacional comunicasse, em Plenário, o recebimento do veto presidencial (art. 104, § 1º). O efeito prático disto foi que, por aproximadamente 13 anos, nenhum veto recebido no Congresso Nacional havia sido lido em Plenário, o que impedia, virtualmente, a contagem do prazo de 30 dias para deliberar e o subsequente trancamento da pauta. Chegou-se à soma aproximada de 3.000 vetos pendentes de deliberação.

A situação de absoluto desprezo do Congresso Nacional quanto ao exercício típico de sua função legislativa – que compreende, como elemento essencial, a competência para dar a última palavra em processo legislativo, mediante a deliberação de vetos presidenciais apostos a projetos de lei por ele aprovados – tornara-se de conhecimento público. Não bastasse isso, em uma desastrosa tentativa de votar todos aqueles vetos pendentes, o Congresso Nacional convocou sessões exclusivas para deliberá-los, fazendo-o com a organização de inúmeras urnas de madeira espalhadas pelo edifício principal do Palácio do Congresso Nacional. Como havia de se esperar, o expediente não produziu os frutos desejados.

Após essa fracassada manobra, o Congresso Nacional deixou de votar a Lei Orçamentária Anual para o ano de 2013, ao argumento de que todos

aqueles vetos estariam a trancar também a sua votação, utilizando essa medida como instrumento de pressão no STF.

Talvez não por esse motivo, o Plenário do STF cassou a liminar e liberou o Congresso Nacional para deliberar sobre o veto aposto ao PL n. 2.565/2011, o que acabou por se realizar na sessão do dia 12.03.2013.

Embora a tese do Ministro Luiz Fux não haja alcançado maioria, produziu resultados significativos que se refletiram no aperfeiçoamento do funcionamento do Congresso Nacional.

Com efeito, em 11.07.2013, foi aprovada a Resolução n. 01/2013-CN, que deu nova redação ao art. 104, § 1º, do Regimento Comum, para dispor que o "prazo de que trata o § 4º do art. 66 da Constituição Federal será contado da protocolização do veto na Presidência do Senado Federal", estipulando-se, na forma do art. 106, §1 º, como rotina de garantia desta nova previsão, que a "apreciação dos vetos ocorrerá em sessões do Congresso Nacional a serem convocadas para a terceira terça-feira de cada mês, impreterivelmente".

3.6 Verticalização das coligações eleitorais

Esse caso, muito embora não possua como pano de fundo diálogos institucionais diretos entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, merece colocação neste escrito, pois revela o uso de mecanismo constitucional disponível ao Congresso Nacional para sobrepor a sua interpretação constitucional à que sobre a mesma matéria haja dado o poder judiciário.

O art. 6º da Lei n. 9.504/1997 faculta aos

> partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Nessa base, pautado na necessidade de coerência ideológica e programática político-partidária em âmbito nacional (art. 17, inc. I, CF/88), o Tribunal Superior Eleitoral, por meio do § 1º do art. 4º da Instrução n. 55,

aprovada pela Resolução nº 20.993, de 26.02.2002, entendeu que as coligações partidárias nos Estados e nos Municípios deveriam ser orientadas pelas coligações firmadas em âmbito nacional, sintetizando o que se conheceu por verticalização das coligações.

Ora, sabemos que os partidos políticos brasileiros são altamente fragmentários, seguindo lógicas pragmáticas distintas pelas cinco regiões do país. A decisão da Corte Eleitoral produziu severos efeitos sobre as estratégias dos partidos para as eleições de 2002. Buscou-se, em primeiro lugar, a via do controle de constitucionalidade no STF. Porém, no julgamento das ADIs n. 2.626 e n. 2.628, assentou-se a impossibilidade de controle do ato impugnado, dada a ausência de ofensa direta à Constituição.

Foi apresentada, então, no Senado Federal, a PEC n. 04/2002, que tramitou na Câmara dos Deputados na forma da PEC n. 548/2002 até 09.03.2006, sendo promulgada como Emenda Constitucional n. 52/2006, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 da CF/88, nos seguintes termos: "É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária".

A tentativa de aplicar a nova regra já para as eleições de 2006 encontrou óbice no princípio da anterioridade da lei eleitoral, prevista no art. 16, da CF/88, conforme definido pelo STF no julgamento da ADI n. 3.685, em 22.03.2006.

Esse precedente notabiliza-se pela possibilidade de o Congresso Nacional empreender um verdadeiro *overriding* às decisões judiciais através da aprovação de emendas à constituição, rompendo com o dogma da supremacia do judiciário em matéria constitucional.

3.7 Suplente de deputado federal

Como já visto, o art. 6º da Lei n. 9.504/1997 permite que partidos políticos unam forças em coligações partidárias para fins de se apresentarem aos pleitos eleitorais. Na forma do § 1º desse preceito legal,

> [a] coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

Os partidos coligados, portanto, apresentam-se aos eleitores como uma só força política, ao menos no plano jurídico. Isso implica que os votos atribuídos, em eleição proporcional, aos partidos coligados, são computados como da coligação, podendo um candidato do partido “x” ser eleito com votos conferidos ao candidato do partido “y”, caso esse receba menos votos do que aquele e não atinja o quociente eleitoral ou caso atinja o quociente eleitoral e lhe sobrem votos.

A lista, pois, de eleitos e suplentes, é elaborada pela Justiça Eleitoral e comunicada à Câmara dos Deputados com base nessa regra de concorrência eleitoral.

Ignorando esse parâmetro legal, o STF, no julgamento de liminares nos Mandados de Segurança n. 29.988, n. 30.249, n. 30.260, e 30.272, pautado em uma visão radical acerca da fidelidade partidária demarcada nos Mandados de Segurança n. 26.602, n. 26.603 e n. 26.604, sustentou a tese conforme a qual, em síntese, apontava o caráter transitório e efêmero das coligações partidárias, que se desfaziam tão logo terminasse o processo eleitoral, não projetando seus efeitos para o exercício do mandato, de sorte que, na hipótese de convocação de suplentes para Deputado Federal, deveria ser o do partido do Deputado licenciado, não importando a ordem em que foram eleitos no caso de coligações partidárias.

A Presidência da Câmara dos Deputados resistiu a esse posicionamento da Suprema Corte e não deu posse aos suplentes de partido, alegando desrespeito ao resultado das eleições proclamado pela Justiça Eleitoral.

Revendo aquilo que havia firmado em juízos liminares, o STF denegou a segurança em alguns desses Mandados de Segurança, haja vista que outros perderam o objeto com o término da legislatura, e assentou o entendimento defendido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de que a suplência dos partidos que se coligaram nas eleições deve obedecer a ordem definida nesse contexto.

Sobressalta a relevância desse precedente, pois traz como pano de fundo um equívoco de interpretação constitucional levado a efeito pelo STF, que somente encontrou possibilidade de correção tempestiva por que houve do lado da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados atitude de resistência em cumprir aqueles provimentos liminares que entendeu contrários à Constituição.

Conclusão

Da separação de poderes deriva a necessidade de diálogos institucionais. Sendo um só o poder, aqueles que deste derivam devem convergir para o mesmo fim, o que somente se mostra possível através do exercício dialético das suas funções.

A modelo constitucional contemporâneo, que submete todos os poderes constituídos à vontade da Constituição, reservou à jurisdição constitucional o dever de sustentá-la contra ocasionais ditaduras das maiorias.

Essa nova tarefa jurisdicional é exercida mediante a utilização rígida ou moderada de seus instrumentos constitucionais, sempre no propósito de fortalecer o sistema constitucional e a democracia, o que muitas vezes irá reclamar uma não-atuação incisiva da jurisdição constitucional em deferência ao espaço reservado de atuação dos outros poderes.

No caso brasileiro, somos capazes de observar um intenso fluxo de comunicação institucional entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional, que se revela tanto de modo direito, no sentido do diálogo travado em torno de uma matéria constitucional específica e determinada, como nos casos do direito fundamental dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional por tempo de serviço e do direito à suplência nas coligações eleitorais, como indireto, a exemplo dos casos da tramitação de medidas provisórias e da apreciação de vetos presidenciais pelo Congresso Nacional, que terminaram por suscitar deficiências no funcionamento constitucional dos poderes da República, expondo a necessidade de que novos diálogos passassem a ser mantidos, inclusive com a Presidência da República.

Contata-se, igualmente, na realidade constitucional brasileira, que o exercício da jurisdição constitucional é fundamental para orientar as melhores rotas a serem traçadas pelos poderes políticos na consecução de seus objetivos institucionais, de sorte que permaneçam dentro do perímetro da legitimidade constitucional.

No entanto, observamos também que a suposta supremacia judicial não deve encontrar respaldo nem no plano teórico como no prático, haja vista a possibilidade de que também proceda a equívocos interpretativos, reclamando reações corretivas por parte dos poderes políticos.

Do mesmo modo, podemos extrair do texto elementos que apontam que a jurisdição constitucional estaria mais preparada para atuar no campo da pura normatividade constitucional, o que nem sempre revelará a fotografia completa da questão posta, legitimando e atraindo contrapontos a serem externados pelos poderes políticos, como sucedeu no caso da criação de municípios e seus reflexos na ordem fiscal e macroeconômica brasileira.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. in. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado* – n.9, Mar./Abr./Mai. 2007;

BERMAN, José Guilherme [*et. al.*]. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. in. *Nos Dez Anos da Constituição*. Org. Jorge Miranda;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001;

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional alemã. in. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa* – XXXIII, 1992;

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. (Trad.) Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003;

PICARDI, Nicola. *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale.* in. *Scritti in onore di Costantino Mortati – Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale* – n.4;

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989;

RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. *La inconstitucionalidad por omision. Teoria general. Derecho Comparado. El caso español.* Madrid: Civitas, 1998;

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003;

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e sociedade técnica*. 1ª Edição, Atlântida, Coimbra, 1969. Coimbra: Tenacitas, 2008.

TÍTULO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA. AS FORÇAS ARMADAS NO COMPLEXO DO ALEMÃO E DA PENHA, EM 2010, NO RIO DE JANEIRO.

Sidraque David Monteiro Anacleto

RESUMO: O artigo retrata a violência simbólica decorrente do emprego das Forcas armadas na pacificação das favelas nos Complexo do Alemão e da Penha, no Rio de Janeiro em 2010. A proposta decorre da análise do acordo firmado entre o Presidente da República da época e o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em que reconhece o estado de grave perturbação da ordem e falência dos meios institucionais para enfrentamento da situação e pacificação da área. Analisa a política pública de pacificação para a implantação da Unidade de Polícia Pacificadora – UPP na favela. Esta compreendida em sua realidade multidimensional por romper com a visão urbanística de espaço urbano com edificações irregulares em encosta de morro. Examina os sistemas constitucionais para enfrentamento de crise, em especial, a intervenção federal e o estado de defesa. O trabalho aborda ainda o comportamento dos operadores do direito diante da solução criativa de restrição de direitos individuais por meio do acordo firmado entre autoridades federal e estadual, em clara violação à democracia material.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema constitucional de crises. Estado de direito. Políticas Públicas. Pacificação. Favela. Violência simbólica.

ABSTRACT: The article portrays the symbolic violence arising from the use of Armed Forces in the pacification of the favelas in the Complexo do Alemão and Penha in Rio de Janeiro in 2010. The proposal stems from the analysis of agreement between the President of the season and the Governor of the State of Rio de Janeiro, where the state recognizes the serious disorder and failure of institutional means to cope with the situation and pacify the area. Examines the public policy of appeasement for the deployment of Pacifying Police Unit - UPP in the slum. This understood in its multidimensional reality by breaking the urban vision of urban buildings with irregular slope of the hill. Examines the constitutional systems to cope with the crisis, in particular the intervention of federal and state defense. The paper also discusses the behavior of the operators on the right creative solution restriction of individual rights through an agreement between federal and state authorities.

KEYWORDS: System of constitucional crisis. Crisis. Rule of law. Public Policy. Pacification. Shantytown. Symbolical Violence.

Introdução

O artigo aborda a aplicação da teoria de Pierre Bourdieu sobre o Poder Simbólico na análise da redação do “Acordo para o emprego da Força de Pacificação na cidade do Rio de Janeiro”, em 2010, concertada entre o Presidente da República[29], à época, e o Governador de estado do Rio de Janeiro[30].

O Acordo versava sobre a utilização temporária de tropa das Forças Armadas, sem a decretação das medidas de contensão de crises fixadas na Constituição. Para tanto, as autoridades envolvidas defenderam o procedimento de autorização da operação com fundamento exclusivamente legal, sem o enfrentamento da situação de anormalidade sob os baldrames constitucionais.

O problema que se apresenta é se existia a possibilidade de utilizar as Forças Armadas na implantação da Política de Pacificação dos Complexos da Penha e do Alemão, no Rio de Janeiro, em 2010, diante de grave comprometimento da ordem pública, fora das hipóteses estabelecidas na Constituição Federal no sistema de crise.

Discute-se neste artigo a real extensão do uso das Forças Armadas nas forças de pacificação do conjunto de favelas no Rio de Janeiro em face do Estado Democrático de Direito, buscando seu significado a luz da teoria de Bourdeau, principalmente quando do surgimento das seguintes situações:

> se o uso das Forças Armadas ocorreu fora das hipóteses estabelecidas na Constituição, por que não houve reação da sociedade e dos operadores do direito;
> em que medida, a linguagem usada nos documentos escritos, em especial o termo de “Acordo para o emprego temporário das Forças Armadas nos Complexos da Penha e do Alemão”, auxiliou na construção de uma realidade de imposição e de legitimação do uso da força bruta no conjunto de favelas;

[29] Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010).
[30] Sérgio Cabral (desde 2007).

se é possível a defesa do modelo empregado, diante do sucesso alcançado, e quais as consequências para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Como hipótese provisória tem-se que a atuação dos Chefes do Poder Executivo federal e estadual, em especial do Presidente da República, como agente responsável para deflagrar o sistema constitucional de crises, se deu num ambiente de violência simbólica. A violência simbólica estaria presente quando, por meio do discurso, os principais atores dissimularam o exercício do Poder Simbólico.

O artigo está estruturado na análise do documento, das competências e dos limites legais impostos aos signatários. A favela, seus múltiplos significados, e o locus para a ação estatal na implantação da política de pacificação. A política pública de pacificação no contexto do cerco e da ocupação, seus limites e significados. O tratamento constitucional para as crises concernentes à ordem pública e a paz social. O episódio ocorrido no Rio de Janeiro e as análises a luz da constituição e da violência simbólica.

Considerando a teoria da supremacia da constituição, em especial dos direitos fundamentais, afirma-se que o êxito da operação decorreu do uso do Poder Simbólico e da Violência Simbólica para afastar o regramento da Constituição Federal para as graves situações de comprometimento da ordem pública, num lapso institucional, aqui denominado, “Ponto Facultativo Constitucional”, em que as regras foram descumpridas sem qualquer consequência para as autoridades signatárias.

2 O acordo para o emprego temporário das forças armadas nos complexos da Penha e do Alemão

Segundo o Tenente-Coronel Fabiano Lima de Carvalho[31], Porta-voz da Operação "Arcanjo", que integrou a 1ª Força de Pacificação dos Complexos do Alemão e da Penha, de aproximadamente 16 km^2, com aglomeração urbana vertical de 400 mil habitantes, o emprego das Forças Armadas Brasileiras no combate ao crime organizado do Rio de Janeiro iniciou no dia 26/11/2010 e findou em 28/6/2012, em dezenove meses de duração, 8.764 militares participaram da ocupação e foi dividida em duas fases distintas: 1ª fase – o cerco. 2ª fase – a ocupação dos Complexos de favela (2013, p. 46, 47, 50 e 53).

O emprego temporário das Forças Armadas foi autorizado pelo Presidente da República em duas oportunidades distintas. A primeira por meio da Diretriz Ministerial nº 14/2010[32], em 25/11/2010 e a segunda em 23 de dezembro de 2010, Diretriz Ministerial nº 15/2010. Para tanto considerou as solicitações do Governador do Estado do Rio de Janeiro[33], e a previsão legal na Lei Complementar nº 97, de 1999[34] e Decreto nº 3.897, de 2001[35].

---

[31] Exerceu diversas funções de Estado-Maior no Comando da Brigada de Infantaria Paraquedista e integrou a 1ª Força de Pacificação dos Complexos do Alemão e da Penha no Rio de Janeiro, desempenhando a função de Porta-voz da Operação "Arcanjo", de novembro de 2010 a fevereiro de 2011 (DE CARVALHO, 2013, p. 42).
[32] O documento foi obtido por meio de requerimento no e-SIC com base na lei de acesso à informação em 30.07.2013, protocolo nº 60502.003272/2013-65.
[33] A primeira solicitação do Governador do Rio de Janeiro foi obtida por meio de requerimento no e-SIC com base na lei de acesso à informação em 30.07.2013, protocolo nº 60502.003272/2013-65
[34] Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. O artigo 15 e os §§ 2-5 fixam as regras básicas da operação.
O emprego das Forças Armadas na defesa [...] da lei e da ordem, [...] , é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação: [...]. A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, [...], ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal. Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. [...], após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e pro tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem. Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o

O presente artigo analisará as solicitações, em especial a segunda, diante do aprimoramento ocorrido em face do primeiro pedido[36]. O Acordo para o emprego da Força de Pacificação na cidade do Rio de Janeiro, datado de 23 de dezembro de 2010, contém cinco artigos com os seguintes títulos: Finalidade (Artigo I), Constituição e Subordinação da Força de Pacificação (Artigo II), Dos limites da Área de Pacificação (Artigo IV) e Das atribuições específicas dos integrantes da Força de Pacificação (Artigo V) (Gabinete do Governador, 2010).

Da leitura do termo é possível destacar, a finalidade precípua do emprego da Força para promover a preservação e a garantia da lei e da ordem pública em áreas delimitadas na Cidade do Rio de Janeiro, em "situação de normalidade institucional" e "em plena vigência do Estado de Direito", no entanto, apesar da presença de tais expressões no instrumento outros aspectos também se destacam: 1º) inexiste delimitação temporal para o emprego das tropas; 2º) Servidores públicos não integrantes da Força de Pacificação não poderiam atuar no interior "da Área de Pacificação" (art. II, nº

---

controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins (BRASIL. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999).

[35] Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências.
[...]. Considerando o que se contém no PARECER AGU Nº GM-025, de 10 de agosto de 2001, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, conforme despacho de 10 de agosto de 2001, publicado no Diário Oficial da União do dia 13 seguinte: [...]. Art. 2º É de competência exclusiva do Presidente da República a decisão de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. [...]. §2º O Presidente da República, à vista de solicitação de Governador de Estado ou do Distrito Federal, poderá, por iniciativa própria, determinar o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem. Art. 3º Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico (BRASIL. Decreto nº 3.897, de 24 de agosto 2001).

[36] No OFICCIO GGOV /10, datado de 25 de novembro de 2010, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, encaminhado ao Ministro da Defesa, solicita a cessão temporária de homens e equipamentos para a proteção do perímetro de áreas conflagradas.

6)[37] e 3º) a finalidade expressa da ação para o "restabelecimento das funções governamentais" (art. V, nº 5)[38].

Ressai do exposto que, as Forças Armadas foram utilizadas no cerco e na ocupação de área específica e delimitada dentro de território nacional com arrimo em acordo firmado entre o Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro e o Presidente da República, que determinou a expedição de Diretriz Ministerial nº 15/2010 disciplinando a ação concertada no conjunto de favelas conhecidas como Complexo da Penha e do Alemão com os vícios acima destacados: medidas excepcionais, sem limitação temporal e proibição de servidores públicos do estado-membro de atuarem no teatro das operações.

Para entender e analisar os fatos ocorridos no Rio de Janeiro em 2010, necessário se faz a abordagem do fenômeno sociológico-urbanístico da favela, palco da Operação "Arcanjo".

3 A favela

O termo favela, especialmente no Rio de Janeiro, possui uma carga semântico-histórica que ultrapassa o significado de construções populares irregulares edificadas em áreas impróprias como as encostas dos morros. É importante pesquisar esse fenômeno sob as perspectivas sociologica, antropológica, urbanística e jurídica de modo a permitir uma abordagem multidisciplinar que procura identificar a matiz da favela e sua reverberação sobre os demais campos do conhecimento, tendo como diretriz o direito.

Esse fenômeno social, presente em outros países, ganhou uma dimensão político-jurídico maior no Brasil diante do surgimento da política

---

[37] Art. II, nº 6. "É vedada a atuação de policiais militares e policiais civis não integrantes da Força de Pacificação no interior da Área de Pacificação, conforme delimitação constante neste instrumento. Em situações excepcionais, esta atuação poder ser previamente autorizada pelo Comandante da Força de Pacificação".

[38] Art. V, nº 5. "O Governo do Estado apoiará, ainda, a atuação da Força de Pacificação com a adoção dos meios necessários ao restabelecimento das funções governamentais em benefício da população, em atendimento às solicitações do Comando da Força de Pacificação".

pública denominada de pacificação[39][40], que pretende reinserir o Estado dentro daquele contexto social, complexo e multifacetário, como a solução para os problemas decorrentes da localidade[41].

Pesquisadores de múltiplos campos se debruçam sobre o termo favela com o objetivo de definir essa realidade social presente em grande parte das grandes cidades brasileiras e, em especial no Rio de Janeiro. Mais do que compreender o termo favela com sua polissemia para ao final analisar a ação estatal naquele ambiente urbano dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento constitucional brasileiro.

A visão histórica[42] traz como característica fundamental da favela a forma estética da habitação, sua posição geográfica e o titular dessa moradia. Ou seja, o barraco, o morro, o ex-escravo e agora traficante ou bandido. Ao lado desta, desenvolveu-se a concepção sociológica sintetizada por Marcelo Baumann Burgos:

> De uma perspectiva sociológica, a categoria “favela” não traduz apenas uma determinada forma de aglomerado habitacional, mais que isso, exprime uma configuração ecológica particular, definida segundo um padrão específico de relacionamento com a cidade. Um aglomerado habitacional transforma-se em “favela” à medida que desenvolve um microssistema sociocultural próprio, organizado a partir de uma identidade territorial, fonte de um complexo de instituições locais que estabelecem interações particularizadas com as instituições da cidade (2005, p. 190).

---

[39] “As UPPs fazem parte de um projeto de segurança pública do governo estadual, copiado das Forças Armadas em operações no Haiti, para levar paz e segurança às diversas comunidades dos morros cariocas, numa sincronia entre ações de segurança e atividades sócio-econômicas, com a intenção de trazer de volta o Estado para dentro das comunidades” (Revista do Superior Tribunal Militar, 2012, p. 17).

[40] Para Danela Fichino, que desenvolveu estudo sobre o processo de implantação das UPP’s, a UPP está relacionada tanto ao Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci, como também, uma “marca”, um instrumento de propaganda de governo. Em seu estágio atual, distancia-se da ideia da polícia comunitária (FICHINO, 2012).

[41] A literatura revela a sucessão de políticas voltadas para aquele setor das cidades. Desde a remoção obrigatória até a adoção de terminologia politicamente correta de favela para comunidade, sem contudo, ocorrer a perda do estigma.

[42] Historicamente, a categoria “favela” foi consagrada para nomear a forma de habitação popular construída nas encostas do Rio de Janeiro, ainda no final do século XIX, por uma população majoritariamente composta de ex-escravos que antes viviam nos cortiços existentes em áreas do entorno do centro da cidade (BURGOS, 2005, p. 190).

Para essa corrente a favela é um aglomerado habitacional qualificado por um microssistema sociocultural próprio, que se estabelece e desenvolve a partir da identidade territorial, no relacionamento com a cidade[43]. Não basta o aglutinamento das construções habitacionais de baixa renda para a formação da favela, é preciso o desenvolvimento do microssistema sociocultural a partir da identidade geográfica.

Os pontos de vista histórico e sociológicos são importantes, porém não excluem outros que podem esclarecer outras nuances que auxiliarão no estudo da implementação da política pública de pacificação nas favelas cariocas e do afastamento do modelo constitucional para crises.

Lícia Valladares, discorre sobre a favela "no debate político e social do início – e da primeira metade do século XX, mostrando seu lugar e importância nas discussões entre homens de letra, de poder e de ação" (2000, p. 5-6). A autora identifica o termo favela com a acepção de resistência de seus moradores ao governo, tal qual foi em Canudos/BA, segundo a visão de Euclides da Cunha.

Tal concepção tem o mérito de revelar a identificação do morador da favela com a do sertanejo, como inimigo do Império, da Corte e dos intelectuais, durante o conflito ocorrido no segundo reinado. O mesmo ocorre, hodiernamente, com o favelado, de acordo com a autora, desprovido dos direitos de cidadania, com o beneplácido dos membros da academia, da sociedade e do governo.

Mariana Cavalcanti avança na temática ao apresentar, com base em pesquisa empírica, sob a perspectiva antropológica, a pesquisa intitulada: "Do

---

[43] "O general (Carlos Sarmento, responsável por toda operação de segurança nos Complexos do Alemão e da Penha) não fala em cultura do morro, mas em cultura própria da localidade, que estava sofrendo com a opressão dos criminosos. 'Não havia ordem aqui. E hoje nós mostramos a essa população uma realidade diferente. E para mostrar essa realidade diferente, é lógico que muitos não ficaram satisfeitos. Houve então, por parte de alguns grupos, essa hostilidade, uma reação à permanência e à ação das nossas tropas dentro dos complexos'" (Revista do Superior Tribunal Militar, 2012, p. 16).

barraco à casa: tempo, espaço e valor(es) em uma favela consolidada”, em que revela o desrespeito da polícia em sua prática cotidiana na favela aos mais elementares direitos civis da inviolabilidade do domicílio[44] [45].

Marcelo Burgos divulga a foto abaixo como síntese da realidade naquele espaço urbano:

POLICIAIS se preparam para revistar uma casa no Morro do Querosene e são recebidos por jovem com uniforme escolar

> Embora chocante, a foto não deixa de revelar uma cena comum nos territórios: uma criança negra, um casebre em uma favela e a humilhação rotineira promovida por policiais treinados para a “guerra urbana”. O uniforme da escola pública que o menino veste lembra a presença de um Estado que promove o acesso à educação; em contrapartida, os dois policiais, com seus fuzis autorizados e sua indumentária oficial, cumprem as ordens do mesmo Estado, que não respeita os mais elementares direitos civis. Com a força de uma única imagem, o núcleo da questão social brasileira é revelado em toda sua dramaticidade: a promoção dos direitos sociais desconectada dos direitos civis (2005, p. 202-203).

---

[44] A violação do domicílio noticiada na pesquisa ocorre numa laje da casa da moradora que teme a ação policial.

[45] O general-de-Brigada Fernando José Lavaquial Sardenberg, responsável pelo comando da operação, em reunião promovida pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, em 11 de janeiro de 2011, acerca das atividades atualmente desempenhadas pelas tropas responsáveis pelas ações de ocupação nas referidas localidades relatou “que a operação está recebendo apoio do Exmo. Desembargador Luiz Zveiter, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, citando-se, a título de exemplo, a concessão de mandado de busca e apreensão coletivo para a execução de operação no “Morro da Fé”. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/PRDC/Ata%20inspeção%20Alemão%20Vila%20Cruzeiro.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Desse modo, a visão da favela pelo Poder Público, revelada na revisão de literatura aponta para um ambiente urbano de construções irregulares, ocupado por uma população marginalizada, com uma cultura particular de associação com o crime, sem reconhecimento de direitos de cidadania por sua identificação pela sociedade como inimiga, ou amiga de traficantes e delinquentes[46].

O não reconhecimento de direitos aos moradores daquelas localidades, diante do ângulo antropológico de inimigo[47] seria, portanto, uma consequência desse cadinho sócio-político. O que explica o tratamento de guerra e aniquilação dispensado ao cidadão da favela. Significa, então, que o sistema de proteção do cidadão fixado constitucionalmente não é eficaz, pela observância de suas regras, em razão da percepção da sociedade e dos próprios operadores do direito[48] como área excluída da proteção constitucional[49].

Nesse sentido, registre-se a opinião do Tenente-Coronel Fabiano Lima de Carvalho,

---

[46] Luiz Antônio Machado da Silva traz importante artigo com a evolução da violência urbana, segurança pública e favelas: o caso do Rio de Janeiro atual.
[47] O general Carlos Sarmento, responsável por toda operação de segurança nos Complexos do Alemão e da Penha, disse que a razão pode estar na postura dos moradores das comunidades ocupadas. "Há mais de 20 anos essa população vivia sob o jugo do tráfico, sem a mínima noção de obediência a autoridades, de saber dos limites do que era possível fazer, sem saber dos seus direitos" (Revista do Superior Tribunal Militar, 2012, p. 16).
[48] A advogada da Defensoria Pública da União, Janete Zdanowski, que atende os moradores que não podem pagar por sua defesa, também acompanha o raciocício do general. "De certa forma o problema tem cunho eminentemente social. Isso é inegável. A falta de educação, de saúde, dos sistemas básicos que todo ser humano anseia para ter uma qualidade de vida pelo menos razoável é o gerador dessa situação" (Revista do Superior Tribunal Militar, 2012, p. 16).
[49] Entretanto, para a procuradora do Ministério Público Militar, Hevelize Jourdan, enquanto não houver um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal quanto à questão da constitucionalidade da Lei Complementar, não há possibilidade de sustenta a inconstitucionalidade nesse momento. "Há uma previsão constitucional. Está lá no artigo da Carta Magna que as Forças Armadas também atuaram na garantia da lei e da ordem". Segundo a procuradora, no caso do Alemão, houve uma diretriz interministerial, ou seja, uma decisão política, quase que um convênio entre um estado federado, no caso o Rio de Janeiro, e o governo federal, firmando a necessidade de ser usado o Exército na operação. "Mas a previsão constitucional existe. Ainda que *lato sensu*, de uma maneira genérica", informa (Revista do Superior Tribunal Militar, 2012, p. 19).

> O controle dessas favelas é disputado em conflitos sangrentos, com muitas mortes de bandidos e inocentes, e envolvendo armamento de guerra, como metralhadoras e granadas. Nesse cenário, tampouco a prisão (ou morte) de seus principais líderes tinha consequências para o caminho para a paz, pois levava jovens aos comandos das facções que, com sua inexperiência, imaturidade, ousadia e dependência de drogas, contribuíam para tornar a criminalidade cada vez mais errática e cruel.
> [...]
> A região conhecida como os Complexos do Alemão e da Penha permaneceu muito tempo sob o jugo da delinquência, que aumentava sistematicamente sua influência sobre a população local. Os bailes populares patrocinados por traficantes serviam para fazer apologia ao crime e incrementar sua rede de simpatizantes e colaboradores (2013, pp. 45-47).

Do relato, percebe-se que o conjunto de favelas do Complexo do Alemão e da Penha, no Rio de Janeiro, tinha a conotação de campo de guerra[50], em que a situação de normalidade institucional não pode ser considerada por absoluta contradição com a realidade fática[51].

Ressai do exposto a ideia da favela como lugar de atuação do inimigo do Estado e de anormalidade institucional. Assim, como entender a implantação da Política pública de pacificação dentro do Estado democrático de direito?

4 O Estado democrático de direito. O sistema constitucional de crise: a lei marcial e o estado de defesa. A intervenção federal

[50] "O general (Carlos Sarmento) não fala em cultura do morro, mas em cultura própria da localidade, que estava sofrendo com a opressão de criminosos. "Não havia ordem aqui. E hoje nós mostramos a essa população um realidade diferente. E para mostrar essa realidade diferente, é lógico que muitos não ficaram satisfeitos. Houve então, por parte de alguns grupos, essa hostilidade, uma reação à permanência e à ação das nossas tropas dentro dos complexos" (Revista do Superior Tribunal Militar, 2012, p. 16).

[51] No relatório da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Estado do Rio de Janeiro – PRDC/RJ, no biênio 2010-2012 ficou expresso: "Em novembro de 2010, a cidade do Rio de Janeiro vivenciou o episódio da ocupação pelo Estado das comunidades da Vila Cruzeiro e do Complexo do Alemão – territórios até então sob o domínio do crime organizado na Zona Norte do Rio de Janeiro – após duro embate das forças de segurança pública contra a atuação de delinquentes que atentavam, renitente e violentamente, contra a vida, o sossego público, a liberdade, a dignidade, o patrimônio público e privado da comunidade local".

O Estado democrático de direito é uma evolução semântica bem maior do que a simples adição aos conceitos clássicos de Estado e Direito[52]. O qualificativo democrático, agregado ao Estado de Direito[53], tem por finalidade sintetizar a intensa transformação ocorrida no mundo contemporâneo, pós Segunda Guerra, na seara econômica e social, de modo a permitir o exercício pleno da cidadania num Estado de justiça social, “fundado na dignidade da pessoa humana” (SILVA, 2003, p. 120).

Assim, o Estado democrático de direito potencializa os qualificativos “democracia e direito” no meio social. A efetivação da democracia como sistema de legitimação do exercício do Poder pelos dirigentes de ocasião[54] ocorre em estrito respeito e cumprimento dos limites impostos e delineados pelo direito, entendido como a constituição do país. A Constituição fixa as premissas básicas e os agentes públicos dos demais órgãos do Estado velam pela efetivação plena dos direitos assegurados previamente, acionando os mecanismos de responsabilização para aqueles que praticarem condutas fora dos parâmetros estabelecidos.

Percebe-se que a efetivação de direitos, a limitação do Poder do Estado e a responsabilização dos agentes, pilares básicos do Estado de Direito, estão presentes na Constituição da República Federativa brasileira. O exercício do poder estatal está limitado pelo reconhecimento e pela enunciação dos direitos fundamentais, além da democracia representativa e do pluralismo político. Tal regramento pelo direito ocorre inclusive em momentos de crise, diante da adoção do modelo de constituição rígida. O regramento de momentos de instabilidade institucional pela constituição recebe a denominação de sistema constitucional de crise[55]. O respeito e a observância de tais regras apontam

---

[52] Nesse sentido José Afonso da Silva (2003,p. 119).
[53] O Estado de Direito na acepção do estudo tem como configuração básica: a) submissão ao império da lei; b) divisão de poderes e, c) enunciado e garantia dos direitos individuais (SILVA, 2003, p. 112-113).
[54] Para o autor, a expressão denota a temporariedade dos mandatos dos cargos do Poder Executivo nas três esferas de governo: federal, Estados e o Distrito Federal e os municípios.
[55] À luz da História do Direito. Também denominado de sistema constitucional das crises, “conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da

para a existência de um Estado dotado de democracia material e não apenas formal.

Ao lado do direito, a democracia qualifica o Estado para limitar a discricionariedade dos governantes em favor dos cidadãos, que podem participar das decisões, sendo requisito essencial o conhecimento das escolhas públicas por meio da publicidade dos atos estatais.

Como ressalta Amartya Sen, "dentre as conquistas da democracia, está sua capacidade de fazer com que as pessoas se interessem, através da discussão pública, pelas dificuldades dos demais e tenham uma melhor compreensão das vidas alheias" (2011, p. 378). No caso em exame, a solicitação e a utilização das forças armadas não foi objeto de discussão pública, muito menos de divulgação, tampouco de responsabilização das autoridades responsáveis pelo ato inconstitucional.

O "Acordo" celebrado para debelar a grave crise que assolava o Rio de Janeiro não foi objeto de discussão pública sobre a decisão do Presidente da República de autorizar o uso da força bruta fora do sistema de crises, numa verdadeira burla ao texto constitucional.

Como destaca Aricê Santos, "[...], a experiência dos constituintes, de todos os povos, sempre verificou a possibilidade das crises atentarem contra a Constituição e, assim, contra o Estado e a ordem jurídica" (1981, p. 23). Em face do modelo de arranjo constitucional, dois sistemas emergem concatenados para "por cobro às situações que colocavam em risco a sobrevivência" do próprio Estado denominado Direito das Crises: a Lei Marcial[56] e o Estado de Sítio[57].

---

necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a mantença ou o restabelecimento da normalidade constitucional" (SANTOS, 1981, p. 26, 32).

[56] "A Lei Marcial serve para designar 'o direito que em *common law* possuem a Coroa e seus agentes, de repelir a força pela força em casos de insurreição, tumulto ou mais geralmente de resistência violenta à lei" (SANTOS, 1981, p. 27).

[57] Instrumento jurídico da Constituição da França de 1791 para ser acionado nos casos de guerra, desordens e insurreições (SANTOS, 1981, p. 27).

Erigidos à defesa do Estado, da ordem jurídica e dos indivíduos, tais sistemas estão circunscritos às situações de anormalidade, que deflagram a incidência de uma legalidade extraordinária com requisitos[58] fáticos e jurídicos específicos[59]. Aricê Santos esclarece que, a substituição da legalidade normal por uma legalidade extraordinária só pode acontecer a prazo determinado e breve, nunca a tempo indeterminado (1981, p. 33).

A diversidade entre os sistemas (rígido e flexível) decorre do maior ou do menor regramento, pela constituição, do rol de medidas extraordinárias que a declaração de emergência consente. O primeiro sistema tem por característica básica, a enumeração prévia e taxatividade das medidas legais extraordinárias[60]. O sistema flexível, por seu turno, caracteriza-se pela não predeterminação das ações de resposta por ocasião da crise (SANTOS 1981, p. 33-34).

Como assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A Lei Marcial, pois, no sentido estrito, não envolve suspensão da lei comum, muito menos do governo ordinário. Ela acarreta apenas o uso de meios anormais, ou melhor, extraordinários para a manutenção da ordem, particularmente o emprego da força bruta” (FERREIRA FILHO, 1964).

Desse modo, a finalidade buscada, conjurar a agressão para salvaguardar o Estado, a ordem jurídica e a coletividade, autorizam o uso da

---

[58] a) a declaração é condicionada à ocorrência do pressuposto fático; b) os meios de resposta têm sua executoriedade restrita e vinculada a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de exceção é de competência do Legislativo; d) o controle judicial a *tempore* e a *posteriori* é do Judiciário (SANTOS, 1981, p. 33).
[59] Princípio da necessidade, princípio da temporariedade (SANTOS, 1981, p. 33).
[60] Nele judicizaram-se as instituições de defesa da Lei Magna. Revela-se o sistema constitucional das crises como um sistema especial. Isso decorre do caráter de permanência do sistema. Deveras, especialidade não se confunde com excepcionalidade. Com efeito, as instituições legais contidas no sistema em tela encerram um direito de exceção, formulado para situações excepcionais. Tais instituições configuram-se por tipos e características próprias, relacionadas com as circunstâncias de grave perigo à ordem constitucional. Ademais, tal direito só aflora na ocorrência dos casos tipificados, e limitado ao prazo fixado pela norma. Por evidente, as instituições legais consubstanciam um direito de exceção, extraordinário ou excepcional. Seu caráter é transitório” (SANTOS 1981, p. 57).

força de maneira necessária e suficiente para debelar a crise, sem a enumeração prévia dos meios. Nisso reside a plasticidade da Lei Marcial" (SANTOS 1981, p. 40-41). Em outros termos, as medidas são estabelecidas à luz do caso concreto, pois objetiva a salvaguarda do Estado e da ordem jurídica. Advirta-se, porém, que a Lei Marcial está plasmada num modelo de rígido controle dos responsáveis pelos eventuais excessos cometidos naquele estado de anormalidade.

Adverte Aricê, "em oposição ao sistema flexível, são considerados rígidos os sistemas que se caracterizam por não permitir restrições às garantias constitucionais além daquelas expressamente enumeradas na ordenação das crises" (1981, p. 53).

Destaca Aricê Santos,

> que a verdadeira essência do direito excepcional reside na suspensão de garantias constitucionais. Suspensão de garantia, contudo não significa nem se confunde com suspensão de direitos fundamentais. Bem por isso é que os sistemas rígidos se caracterizam pela suspensão das garantias constitucionais, com duração temporária, e expressa enumeração das liberdades passíveis de serem coarctadas (1981, p. 71).

As características do sistema rígido estão presentes no regramento do atual do Estado de Defesa na Constituição de 1988, em que são estabelecidos requisitos fáticos, formais e temporais, bem como a explicitação das garantias constitucionais suspensas, e do controle político das medidas adotadas durante o período excepcional, sem margem discricionária para o dirigente máximo sobre o uso da força bruta.

Outro meio discriminado pelo constituinte brasileiro para o enfrentamento de crises internas é a Intervenção Federal[61] [62], que tem como

---

[61] "Quanto à natureza jurídica da intervenção federal [...]. A intervenção federal é, para a maioria dos estudiosos, essencialmente, um *ato político* ou um *ato de governo*, caracterizado pela ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Judiciário e ao controle político por parte do Legislativo". (LEWANDOWSKI 1994, p. 36-37).

pressupostos materiais ou de fundo “situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional” (SILVA, 2003, p. 483), que extrapolam a capacidade da autoridade local de debelar, por seus meios, o momento de instabilidade institucional.

Pontua Lewandowsky

> Como a federação repousa sobre o respeito à autonomia de seus integrantes, a ação interventiva do governo central é sempre limitada no tempo e restrita ao intuito de preservar a associação. Qualquer ingerência nos negócios internos de um membro da união que não se amolde a tais condições é necessariamente espúria, por incompatível com o sistema. A intervenção constitui, pois, uma invasão da esfera de competências reservadas às unidades federadas, pelo governo central, em caráter temporário e excepcional (1994, p. 35-36).

Como ato do governo central, que atenta diretamente na autonomia do ente parcial, a Intervenção Federal volta-se “para assegurar o grau de unidade e de uniformidade indispensável à sobrevivência da Federação”, na medida em que o grave comprometimento da ordem pública[63] não pode ser solvido somente pela autoridade local, necessitando do poder e dos meios federais para o enfrentamento da crise (LEWANDOWSKI 1994, p. 93).

Diante de grave perturbação da ordem, “a intervenção é decidida pelo Presidente da República, independentemente de qualquer apreciação prévia do

---

[62] “A Intervenção é mecanismo constitucional de intromissão do governo central em assuntos dos Estados-Membros para que se evite, principalmente, conturbações à ordem instaurada. Ela é a supressão, ainda que temporária, da autonomia estadual, para se alcançar um “bem superior” que é a indissolubidade da Federação. A Intervenção Federal é a concretização da vontade dos demais Estados-Membros que formam a União Federal de intervir no Estado que sofre a conturbação ou desordem constitucional, exatamente para que a hipótese temporária de sublevação não se desenvolva e atinja outras partes do território da federação. Ainda que não haja o perigo de espalhar-se pelo território da nação, a ação é efetivada em nome dos demais Estados-Membros para manutenção da ordem interna do Estado atingido, tendo em vista a cumplicidade de deveres e direitos que nos traz a formação de uma federação” (PINTO FILHO 2002, p. 216- 217).

[63] O que se entende como grave comprometimento da ordem pública. A ordem pública é aquela que pressupõe que todos os poderes do Estado estejam em seu funcionamento habitual e que todos os seus cidadãos não estejam sendo perturbados por fatos, atos ou coisas que as autoridades estaduais não possam impedir ou controlar” (PINTO FILHO, 2002, p. 333).

Congresso Nacional ou do Poder Judiciário, após a verificação da ocorrência dos fatos que a justificam” (LEWANDOWSKI 1994, p. 94).

> A iniciativa incondicionada do Presidente da República em matéria de intervenção é autorizada no texto constitucional como regra, quando se trata de fazer face a situações de emergência. Tais são aquelas previstas nos itens I, II e III do art. 34 da Constituição, a saber, para manter a integridade nacional, repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra e pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. Cuida-se, no caso, de uma competência discricionária, quer dizer, que pode ou não ser exercida por seu titular, segundo um juízo de oportunidade e conveniência da parte deste. Em outras palavras, nas hipóteses supramencionadas, a intervenção é deixada ao prudente arbítrio do Presidente da República, que age *motu proprio*, independentemente de provocação. Nas situações de emergência, como é evidente, não seria de bom aviso condicionar a ação presidencial a uma incerta solicitação ou requisição de terceiros. Além disso, como já se reparou, apenas o Executivo possui os meios materiais e humanos para atuar com a necessária presteza e eficácia em defesa das instituições nas conjunturas críticas. Não se olvide também, conforme antes mencionado, que o Presidente da República, segundo o art. 84, XIII, da Constituição, é o comandante supremo das forças armadas, a quem cabe agir nas circunstâncias que exigem o emprego das armas, em caráter preventivo ou repressivo (LEWANDOWSKI, 1994, p. 128-129).

A competência[64] para decretar a Intervenção, no caso de comprometimento da ordem pública, é exclusiva do Presidente da República, que poderá ser responsabilizado por crime de responsabilidade[65] por omissão dolosa em agir diante dos pressupostos fáticos e jurídicos ou ainda diante da hipótese de intervenção, sem que o pressuposto da medida esteja configurado em exorbitância dos poderes constitucionalmente outorgados (LEWANDOWSKI 1994, p. 94). Quer por omissão, quer por ação, a

---

[64] Discricionária ou vinculada conforme a hipótese (LEWANDOWSKI, 1994, p. 122).

[65] Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados: […]. 8 - intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais (BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950).

responsabilização do Chefe do Poder Executivo federal poderá ocorrer em face de uma situação de Intervenção Federal.

Se de um lado, os requisitos para a Intervenção estão listados, por outro, a Constituição não discriminou os meios a serem utilizados com o intuito de pleno estabelecimento da normalidade. Nesse sentido Lewandowsky esclarece

> convém assinalar que a Lei Maior vigente, à semelhança das constituições de outros Estados Federais, não discriminou os meios que o Presidente da República pode empregar para executar a intervenção, havendo a doutrina entendido, sobretudo a alemã e a suíça, conforme anteriormente registrado, que estes devem ajustar-se aos critérios da necessidade e da proporcionalidade, referenciados sempre à gravidade da lesão institucional e aos resultados almejados com a medida (1994, p. 123).

Essa particularidade confere ao instituto da Intervenção uma maior plasticidade na adoção dos meios mais adequados para o enfrentamento do grave comprometimento da ordem pública quando comparada ao Estado de Defesa.

Um último aspecto relaciona-se com a dimensão da crise, que segundo Pinto Filho, “não há necessidade de que a perturbação esteja prestes a incendiar outros Estados da União. A comoção, apenas interna ao Estado, já autoriza o presidente da República a intervir” (2002, p. 333).

A Constituição estabelece textualmente os instrumentos da Intervenção Federal ou do Estado de Defesa e/ou Estado de Sítio para a preservação, a garantia da lei e da ordem pública em eminente ameaçada. Dispõe a Constituição, que a União intervirá no Estado do Rio de Janeiro para “por termo a grave comprometimento da ordem pública”[66], e determina ainda que o decreto de intervenção especifique: a amplitude, o prazo e as condições de

---

[66] Art. 34, inciso III da Constituição Federal.

execução e, se couber, a nomeação do interventor[67]. Sujeito tal ato à apreciação do Poder Legislativo, no prazo de vinte e quatro horas.

Caso assim não entendesse, poderia ter o Presidente da República, diante grave e iminente instabilidade institucional na cidade do Rio de Janeiro, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar o estado de defesa para prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, conjunto de favelas do Complexo do Alemão e da Penha, a ordem pública ou a paz social. O decreto deveria determinar o tempo de sua duração, não superior a trinta dias, especificar as áreas a serem abrangidas e indicar, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem dentro das permitidas na Constituição[68].

Significa que diante da situação de crise, caberia o uso dos sistemas fixados pela Constituição. Os fatos indicaram o quadro institucional de grave comprometimento da ordem pública e falência das ações implementadas pelo governo local.

Caso as medidas tomadas durante o estado de defesa se mostrassem ineficazes, a Constituição autoriza a decretação do estado de sítio[69].

Do exame acurado dos dispositivos constitucionais de um lado, e considerando a finalidade da ação, restrição espacial e a subordinação à autoridade federal, de outro, constata-se que o emprego da Força de Pacificação, “visando promover a preservação a garantia da lei e da ordem pública nas comunidades do Complexo da PENHA e do Complexo do ALEMÃO, na Cidade do Rio de Janeiro”[70] ocorreu em flagrante desrespeito ao sistema constitucional de crises. Houve especificação da área abrangida, as condições de execução do emprego da tropa e a nomeação da autoridade

---

[67] Art. 34, § 1º da Constituição Federal.
[68] Art. 136, e §§ da Constituição Federal.
[69] Inciso I do art. 137 da Constituição Federal.
[70] Artigo I – Finalidade do Acordo para o Emprego da Força de Pacificação na Cidade do Rio de Janeiro.

máxima (interventor), descurando, porém, do prazo, da descrição das medidas coercitivas a vigorarem e do controle do ato pelo Poder Legislativo.

Desse modo, constata-se que apenas o cumprimento das regras do sistema constitucional de crises permitiria considerar o uso das Forças Armadas dentro de uma normalidade institucional que denotam a observância do Estado de Direito.

O reconhecimento da pacificação de favelas como uma política pública do Estado do Rio de Janeiro, com o apoio institucional do Governo Federal brasileiro, denota que a ordem pública e a paz social, como valores constitucionais da sociedade foram há muito suplantados pela realidade nos morros cariocas. O que significa reconhecer, de plano, um quadro de anomalia social e institucional que reclamava a adoção de sistemas constitucionais de crises.

Assim, a menção, no concerto, que as atividades da Força de Pacificação seriam desenvolvidas em uma “situação de normalidade institucional e, portanto, em plena vigência do Estado de Direito” deve compreendida como um argumento retórico e de marketing político para escamotear a realidade de crise institucional, com grave comprometimento da ordem pública.

A realidade fática de grave perturbação da ordem pública a ensejar a adoção de uma política pública de pacificação com a efetiva participação de meios institucionais disponibilizados por dois entes públicos da República Federativa brasileira não se faz suficiente para afastar a incidência das regras constitucionais estabelecidas para situações como a ora estudada. Uma vez que tais regras são estabelecidas, previamente pelo Constituinte originário, com o escopo de preservar o próprio ordenamento constitucional como também os direitos fundamentais nele previstos.

5 A implementação da política pública de pacificação de favelas

A política pública implementada nas favelas da cidade do Rio de Janeiro, qualificada como pacificadora, não tem correspondência com a realidade da cidade diante do estado de exceção que reclama a aplicação das normas constitucionais para a crise.

Mesmo considerando a primazia do requisito fático-político, não se pode olvidar do caráter jurídico das salvarguardas constitucionais. Uma vez que, a avaliação da situação fática de grave ameaça à ordem pública, é questão política, ao alvedrio à discrição exclusiva do Governo. O que não afasta, porém, "em caso de abuso ou exorbitância do exercício do poder, o apelo à Toga" (SLAIBI FILHO, 1989, p. 335).

> As salvaguardas, também denominadas "poderes de crise", são medidas excepcionais quanto ao exercício dos direitos individuais, da mesma forma como a intervenção é exceção ao princípio federativo e o sistema de freios e contrapesos é a exceção ao regime presidencialista de governo (SLAIBI FILHO, 1989, p. 337).

O exercício dos direitos individuais pode sofrer limitações previstas na própria Constituição, em face de situações que afetam o próprio sistema garantidor daqueles mesmos direitos. No entanto, tal limitação, por ser exceção, tem sua aplicação e interpretação de incidência restritiva diante de requisitos procedimentais e materiais. O que permite o controle das limitações pelos demais órgãos com atribuições constitucionais: o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Como ressalta Alfredo Canelas, nossa herança histórica não é pródiga no sentido da defesa do Estado de Direito:

> A história do Brasil vale como advertência.
> De fato, em passado não distante o Poder Judiciário foi impedido de apreciar questões relacionadas aos atos do Poder Executivo praticados durante a vigência de medidas de crise(Constituição de 1937). Igual amputação do Poder Judiciário se repetiu durante a mais recente das ditaduras militares quando os atos de exceção (AI nº 5, de 1968) perpetrados pelo intitulado "governo revolucionário de 1964" ficaram imunes à apreciação judicial.

> Os malefícios causados à sociedade que o próprio Estado deveria proteger se mostraram infinitamente mais danosos e mais duradouros que os benefícios propalados.
> Relembramos dispositivos de deploráveis memória que cobriram de opróbrio nosso país: "Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inomovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo[71] (A. SILVA, 2013, p. 20).

Significa admitir, em termos de passado constitucional, que o respeito ao Estado de Direito parece não ser a marca da atuação dos dirigentes maiores do país, muito menos a responsabilização dos responsáveis pelos abusos cometidos. Se de um lado, a tradição não auxilia, por outro, adverte para os malefícios ocasionados na sociedade para a tolerância desses lapsos de ilegalidade.

Ressai do exposto, a contradição em termos, na atuação da Força de Pacificação num cenário de normalidade institucional. Sem maiores indagações, como é possível restabelecer as funções governamentais em situação de normalidade institucional. Desse modo, percebe-se que o acordo firmado entre a autoridade central e o governador ocorreu diante de uma anormalidade institucional, ou dentro de um "ponto facultativo constitucional" com um discurso oficial dissociado dos fatos. Nesse contexto o documento será analisado.

6 O papel da democracia. A violência simbólica: a lei marcial e o estado de defesa à brasileira dentro do ponto facultativo constitucional

O cerco a mais de 400.000 cidadãos brasileiros, por forças militares, por dezenove meses, não teve o condão de despertar o cidadão para a violação explícita de direitos e garantias constitucionais. Não ocorreu discussão pública sobre o assunto, apenas notícias sobre o êxito em sitiar os "bandidos" e apreender armas e drogas.

[71] Art. 6º, do AI nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (A. SILVA, 2013).

Se o Estado Democrático de Direito visa assegurar o respeito à Constituição, a violência simbólica, por seu turno, mina a implantação e o aperfeiçoamento desse tipo de Estado. Uma vez que este, por está centrado na relação entre o Poder e o mundo líquido moderno[72], não pode estar plasmado no desenho social de determinada época, sob pena de sucumbir diante das inúmeras transformações resultantes da queda de paradigmas, enfraquecimento de dogmas e livre circulação de informações e pessoas.

Diante desse cenário, a existência da violência simbólica deve ser considerada diante das consequências para a conformação e a reafirmação do Estado de Direito ao longo prazo.

O documento analisado no presente artigo permite identificar a presença da teoria de Bourdieu, e de suas categorias teóricas quanto ao campo jurídico, ao poder simbólico e à violência simbólica, em especial quanto à hipótese de que a atuação do Governador do Estado do Rio de Janeiro e do Presidente da República, como autoridades máximas dos entes federais envolvidos na ação da Força de Pacificação, se deu num contexto de violência simbólica.

Conforme destaca Bourdieu, a compreensão da gênese social do campo jurídico passa pela identificação "da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas em jogo que nele se geram" (2011, p. 69).

Como define o sociólogo francês,

> o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na que se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de

---

[72] "O mundo que chamo de 'líquido' porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza nem conserva sua forma muito tempos. Tudo ou quase tudo em nosso mundo está sempre em mudança: [...]. As circunstâncias que nos cercam – com as quais ganhamos nosso sustento e tentamos planejar o futuro, aquelas pelas quais nos ligamos a algumas pessoas e nos desligamos (ou somos desligados) de outras – também estão sempre mudando" (BAUMAN 2011, p. 7-8) .

> textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (2011, p. 212).

Diante do conceito acima, tem-se que no campo jurídico, o jogo é disputado em torno da leitura do texto jurídico, pois este carrega em si o poder em estado potencial (BOURDIEU, 2011, p. 213). Dessa feita, o texto normativo no centro da arena de luta dispõe sobre o Acordo firmado entre os Chefes do Poder Executivo estadual e da União. Como fator adjacente, porém, não menos importante, tem-se a prevalência da ideia do uso da força bruta para debelar uma ameaça ao regime democrático de direito. Ou seja, prevalece a versão oficial de que a Operação “Arcanjo” foi deflagrada em perfeita normalidade institucional e funcionamento das instituições, dentro do quadrante constitucional.

Sob o prisma dos acordantes, Governador do Rio de Janeiro e Presidente da República, a operação foi plenamente exitosa pois, atingiu seu objetivo com o mínimo de vítimas. Para os integrantes da Força de Pacificação, restou o sentimento de dever cumprido e do controle do Estado na localidade restaurado. Para as autoridades, a operação cumpriu sua função legimadora, para os operadores do direito, que poderiam agir, “não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na operação”[73],

serviços públicos de acesso à justiça seriam implantados[74], para o Ministério Público Federal, a observação da ação da Força de Pacificação seria suficiente[75]. Para os representantes do povo, fato digno de aplauso e reconhecimento[76].

---

[73] O Ministério Público Militar participa do debate sobre a constitucionalidade da Força de Pacificação. (Pacificação, 2012).

[74] Ocasião propícia para a Defensoria Pública da União firmar de acordo nacional de apoio à ação nas favelas. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3043:dpgf-assina-acordo-nacional-para-levar-cidadania-as-favelas-do-rio&catid=79:noticias4&Itemid=220>. Acesso em: 15 ago. 2013.

[75] O item 4 do Relatório da Atuação da PRDC/RJ, Biênio 2010-2012 relata as medidas de acompanhamento adotadas pelo Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/PRDC/AtuacaoConjunta/Relat/RELATÓRIO%20DA%20ATUAÇÃO

Para Bourdieu,

> O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo. (p. 9)
> [...]
> Os sistemas simbólicos cumprem sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, para a “domesticação dos dominados” (BOURDIEU, 2011, p. 9, 11).

Voltando para Bourdieu, tem-se que todos os atores agiram na crença de que defenderam a Constituição. Desse modo, independentemente da decisão final, o resultado do jogo seria alcançado mesmo com suplantação das normas de regência do assunto.

O confronto ocorreu no campo da interpretação do texto constitucional com o intuito de impor uma visão ilegítima e como se fosse justa para o uso da força bruta sem a observância do regramento constitucional. Assim, a identificação do campo jurídico com seu linguajar próprio e específico e os embates de posições absolutamente antagônicas ocorrem sob o manto do funcionamento pleno das instituições. Em outros termos, todos os coparticipantes participaram sob o argumento que defendia a higidez do texto constitucional maculado pela ação delitiva dos traficantes da localidade. A falência prévia dos meios do governo estadual para debelar a crise institucional foram olvidados e considerados como uma situação já conhecida e não como um dos pressupostos para o acionamento do sistema constitucional de crise.

%20DA%20PRDC-RJ%20-%20BIÊNIO%202010-2012%20-%20VERSÃO%20FINAL.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

[76] ALERJ homenageia Forças de segurança que ocuparam comunidade com a aprovação de moção. EMENTA: DE APLAUSOS E CONGRATULAÇÕES AO GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E ÀS FORÇAS DE SEGURANÇA PELA OCUPAÇÃO DA VILA CRUZEIRO E DO COMPLEXO DO ALEMÃO. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/Busca/OpenPage.asp?CodigoURL=37130&Fonte=Dados>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Outros aspectos do discurso como: o reconhecimento da situação fática de "grave comprometimento da ordem pública", da declaração formal pelo Presidente da República da medida prevista constitucionalmente para o enfrentamento de crises, da abdicação da autonomia política do estado-membro para dispor sobre sua segurança interna, da explicitação do prazo e da sujeição ao controle político, foram descurados.

Como ressalta Bourdieu, o Poder simbólico é um "poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não sabe que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem" (2011, pp. 7-8). Tal poder pode ser identificado no conteúdo do texto normativo analisado que utiliza elementos linguísticos carregados de lisura procedimental e na postura omissiva daqueles que poderiam agir em defesa do modelo constitucional.

Nas referências do Acordo está expresso que o Presidente da República atendeu uma exposição de Motivos do Ministro da Defesa decorrente da solicitação, expressa e formal do Governador do Estado do Rio de Janeiro e, por isso, autorizou o "emprego temporário de militares das Forças Armadas para a preservação da ordem pública nas comunidades do Complexo da Penha e do Complexo do Alemão. Por meio da Diretriz Ministerial nº 15, de 2010, o Ministro de Estado da Defesa determinou ao Comandante do Exército a organização de uma Força de Pacificação, subordinada ao Comando Militar do Leste, com funções de patrulhamento, revista e prisão em flagrante e por meios de segurança pública do Estado.

A redação utilizada margiou aspectos específicos e relevantes que impediriam a formalização do Acordo. Como explicitado anteriormente, diante de uma situação real de grave comprometimento da ordem pública o Presidente da República tem o dever funcional de agir. A provocação do Governador do Rio de Janeiro poderia servir de fundamento fático para a adoção do sistema constitucional de crises, e não para a criação de outro gênero. Ressalte-se ainda a ausência de delimitação do tempo de utilização da força, autorizou-se o uso temporário sem fixação do prazo. A subordinação das

autoridades de segurança à autoridade federal fora da permissão constitucional em caso de intervenção federal.

Adiante, no documento analisado, destaca-se a maior das contradições, quando são disciplinados os fundamentos do emprego da Força de Pacificação (artigo II), "em sua situação de normalidade institucional" e "em plena vigência do Estado de Direito". A força bruta extraordinária, no regime constitucional brasileiro, não ocorre em normalidade institucional, por absoluta incompatibilidade com o sistema de controle de crises adotado pela Constituição Federal.

A violência simbólica decorre de todos os artifícios retóricos decorrentes da ideologia, "que visam dissimular e escamotear a margem de arbitrariedade e pessoalidade contidas no exercício do poder simbólico em relação aos destinatários do mesmo" (PINHEIRO). Percebe-se essa categoria teórica nas referências do Acordo ao justificar que "todas as ações deverão ser desencadeadas com a fiel observância aos preceitos legais vigentes no País"[77]. Se tal premissa fosse verdadeira, o uso seria precedido por decretação da Intervenção Federal ou do Estado de Defesa.

Dentro de tal raciocínio, existe uma contradição em termos no emprego da Força de Pacificação, num ambiente de normalidade institucional e vigência do Estado de Direito. O argumento é retórico porque o grau de maturidade e pleno funcionamento do Estado de direito decorre justamente de sua capacidade de estabelecer normas para situações de anormalidade institucional a fim de preservar a própria Constituição e ao final apurar e punir os ilícitos porventura praticados durante a crise de grave comprometimento da ordem pública. A observância prévia do sistema constitucional de crises, seja por esquecimento ou mesmo por dificuldades formais, foi deixada de lado pelos signatários do Acordo e pelos órgãos do Poder Legislativos detentores da capacidade de fiscalização das medidas de exceção.

[77] Número 2 do Artigo II – Fundamentos do emprego e Competências da Força de Pacificação do Acordo.

A adoção criativa de outros meios de enfrentamento de crises fora do expectro das normas constitucionais fomentam uma espécie de "Ponto facultativo constitucional". Ponto facultativo é uma criação administrativa de não comparecimento dos servidores públicos ao trabalho em virtude de uma situação fática tradicional como festa religiosa ou popular. O ponto facultativo não se confunde com o feriado civil ou religioso[78]. Feriado tem previsão legal taxativa, seja civil ou religioso, não excedente a quatro por ano. O ponto facultativo está dentro do poder discricionário do Chefe do Poder do ente federal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dessa forma, a violência simbólica acompanhou as manifestações dos atores em disputa, pois, a efetividade da operação e o êxito no resultado visado inicialmente, suplantou a identificação da violação expressa do comando constitucional sobre o tema.

Se a violência simbólica explica o discurso, o "Ponto facultativo[79] constitucional[80]" consolida o Poder simbólico dos signatários do Acordo.

Convém, destacar que o ponto facultativo não suspende o expediente, apenas a obrigatoriedade do comparecimento do servidor[81] [82]. Diversamente

---

[78] Lei 9.093, de 12.09.1995.
Art. 1º São feriados civis: I - os declarados em lei federal; II - a data magna do Estado fixada em lei estadual. III - os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. (Inciso incluído pela Lei nº 9.335, de 10.12.1996).
Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão (BRASIL. Lei nº 9.093, de 12 de setembro de 1995).
[79] O ponto facultativo é o ato administrativo emitido pelo Chefe de Poder, ou seus delegatários, com competência constitucional para organizar o serviço público, em razão de conveniência e oportunidade, para conferir ao servidor público ou a determinada categoria de servidores públicos a faculdade de não comparecer ao serviço, sem prejuízo da remuneração e demais direitos decorrentes (CASTRO, ANTÔNIO, & AMARAL, 2011).
[80] O termo explica o fato administrativo compreendido por boa parcela da população brasileira, que o ponto facultativo depende da discricionariedade da Autoridade (prefeito, governador, presidente da república), em que deixa de trabalhar sem a perda da remuneração, fora das datas dos feriados. Essa ideia é transpassada para o sistema constitucional de crises, em que a decretação da Intervenção Federal ou do Estado de Defesa permitiria o uso das Forças Armadas de acordo com os preceitos normativos estabelecidos. No sistema constitucional de crises brasileiro não há margem para a discricionariedade do Presidente da República em afastar as alternativas da Constituição para criar e adotar outra medida não prevista.

ocorre com o feriado[83], instituído por lei pelos entes federativos [84] [85] [86], cuja observância é cogente.

Essa ideia está imbricamente ligada ao uso das Forças Armadas na pacificação de complexo de favelas no Rio de Janeiro. A conveniência e a oportunidade para a edição dos atos administrativos para iniciar a aplicação do sistema constitucional de crises, Intervenção Federal ou o Estado de Defesa, é exclusiva do Presidente da República. Diante dos requisitos fáticos, compete ao Presidente da República decretar a Intervenção Federal ou o Estado de Defesa, para a defesa da ordem e da paz social. Vedado está, ao Chefe do Poder Executivo Federal, portanto, a possibilidade de criar um terceiro gênero entre o ponto facultativo e o feriado.

Em outros termos, autorizar o uso das Forças Armadas em cerco e posterior ocupação de área delimitada do território nacional, com restrição de

---

[81] “Contudo, a declaração do ponto facultativo não quer dizer que não haverá expediente naquele dia, mas que, não comparecendo, o servidor não terá cortada a remuneração pelo dia de trabalho” (CASTRO, ANTÔNIO, & AMARAL, 2011).

[82] “a declaração do ponto facultativo não quer dizer que não haverá expediente naquele dia, mas que, não comparecendo, o servidor não terá cortada a remuneração pelo dia de trabalho” (CASTRO, ANTÔNIO, & AMARAL, 2011).

[83] Feriados nacionais. Os feriados são datas em que se comemoram fatos ou acontecimentos culturais, históricos e sociais relevantes para um grupo e, por isso, as pessoas são dispensadas do trabalho. Existem feriados nacionais, estaduais e municipais. Os pontos facultativos são datas especiais nas quais servidores públicos são dispensados de trabalhar – por exemplo, um dia útil de folga para antecipar um feriado comemorado num final de semana – por meio de um decreto federal, estadual ou municipal. As empresas privadas não são obrigadas a conceder dispensa a seus funcionários num ponto facultativo. Segundo a legislação em vigor, o trabalhador que tiver de trabalhar num feriado civil ou religioso em virtude das exigências técnicas da empresa, tem direito a receber pagamento daquele dia em dobro, a não ser que o empregador determine outro dia de folga. Os feriados e pontos facultativos devem ser observados pelos ministérios, autarquias e fundações ligadas à administração pública federal, sem prejuízo da prestação de serviços essenciais, como assistência médica e hospitalar, por exemplo (Portal Brasil, 2013).

[84] A Lei nº 662, de 6 de abril de 1949 estabelece como feriados nacionais as seguintes datas: 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro .

[85] A Lei nº 6.802, de 30 de junho de 1980 estabelece como feriado nacional: 12 de outubro.

[86] A Lei 9.093, de 12 de setembro de 1995, sistematiza o tema e estabelece duas espécies de feriados: 1) os civis (lei federal, data magna do Estado fixado em lei estadual, data do início e do término do ano do centenário de fundação do Município fixado em lei municipal) e, 2) os religiosos, os dias de guarda, não superior a quatro, incluída a sexta-feira da paixão, fixados em lei municipal. Em síntese, no Brasil é possível ter até 8 feriados civis federais, 1 feriado civil estadual, 2 feriados civis municipais, centenário de fundação do Município, e até 4 feriados religiosos, totalizando 13 datas no ano.

direitos, em face de uma solicitação do Governador do estado em situação de grave perturbação da ordem pública e de uma diretriz ministerial, demonstra a adoção de um terceiro gênero entre a Intervenção Federal e o Estado de Defesa.

A Operação "Arcanjo" ocorreu no contexto de "ponto facultativo constitucional[87]" em que os direitos e garantias estavam em pleno vigor, porém, o "Acordo[88]" teria concedido, de um lado, ao Chefe do Poder Executivo Federal a faculdade discricionária inexistente de não acionar o sistema constitucional de crises para o cerco e a ocupação de um complexo de favelas no Rio de Janeiro por tropas federais, do outro, ao Governador do Estado do Rio de Janeiro a possibilidade de abdicar da autonomia do ente parcial como se fosse direito disponível seu[89].

A autonomia estadual não pode ser confundida com cooperação institucional diante da abdicação pelo estado-membro de sua auto-organização e autoadministração dos meios empregados para o enfrentamento da crise social. Outro fato relevante diz respeito a atração da Justiça Castrense para o julgamento de civis acusados de crimes contra a Força Pacificadora. Desse modo, a cooperação sede espaço para solução criativa de sistemas de exceção fora dos estabelecidos na Constituição Federal.

Comparando o arranjo institucional utilizado, constata-se uma aproximação com o adotado nos países da *common law* por meio da Lei Marcial, que autoriza o uso da força bruta para debelar grave comprometimento da ordem pública. Ocorre, porém, mesmo sem a especificação prévia das

---

[87] A expressão visa posicionar o leitor para a pseudo observância das normas constitucionais pelos atores envolvidos no uso das Forças Armadas no cerco e ocupação do conjunto de favelas do Complexo do Alemão e da Penha no Rio de Janeiro em 2010. A Constituição Federal faculta ao Presidente da República decretar a intervenção para por termo à grave comprometimento da ordem pública (art. 34, inciso III, CF) ou o estado de defesa para prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional (Art. 136, *caput*, CF).
[88] Esse termo será explicado em seção específica.
[89] Marcelo Leonardo Tavares sustenta a possibilidade do uso das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, sem a necessidade de declaração de emergência e sem declaração de intervenção, sem contudo enfrentar o tema sobre a disponibilidade da autonomia do ente federal pelo Chefe do Poder Executivo (TAVARES, 2008, p. 229).

medidas adotada, o sistema da Lei Marcial prima pelo controle e pela responsabilização dos agentes públicos pelos desvios e excessos cometidos.

Conclusões

A utilização da Força de Pacificação na faixa de terreno e no espaço aéreo sobrejacente nas comunidades do Complexo da Penha e do Complexo do Alemão, na Cidade do Rio de Janeiro ocorreu fora dos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal, porque esta adota o modelo de constituição rígida, em que o sistema de crises estabelece previamente os requisitos formais e as restrições autorizadas.

A realidade fática, manifestada por diversos agentes, comprovaram a situação de anormalidade institucional de grave comprometimento da ordem pública a ensejar a decretação da Intervenção Federal ou do Estado de Defesa, como meios legítimos, dentro do Estado Democrático de Direito, para defender a ordem jurídica e preservar direitos fundamentais dos cidadãos da localidade.

A solução criativa do uso das Forças Armadas para a garantia da ordem no Complexo de Favelas em 2010 tem seu fundamento exclusivo na legislação infraconstitucional e dificulta a responsabilização das autoridades máximas do Poder Executivo federal e estadual, pois com a ausência de regra, o uso do poder não encontra limites, nem amarras. Nesse sentido, destaca-se o requisito temporal do estado de excepcionalidade que sequer foi considerado.

Na diretriz constitucional, a Intervenção Federal tem maior plasticidade do que o Estado de Defesa para o restabelecimento da normalidade institucional, porém, os dois institutos exigem a publicidade da decretação, e o consequente controle das ações perpetradas, o que não ocorreu no caso do Rio de Janeiro.

Como consequência, a favela e seus cidadãos foram estigmatizados em razão da acepções sociológica e antropológica que os identificam como

inimigos do Estado e da sociedade. Em razão disso, na adoção do uso da força bruta, os direitos fundamentais não foram respeitados.

Nesse contexto, a violência simbólica esteve presente em todos os momentos da Operação “Arcanjo”, na medida em que a ação armada foi reconhecida como um autêntico sucesso e uma libertação da população marginalizada, evitando a apreensão pela sociedade das violações cometidas à Constituição Federal e da ausência de responsabilização.

Os agentes do direito, a sociedade e protagonistas do acordo agiram e atuaram para respaldar os aparentes resultados alcançados com a expulsão dos traficantes e o controle do espaço físico pelo Estado, sem qualquer menção à violação do texto constitucional.

O histórico constitucional brasileiro demonstra vários momentos de violação aos direitos fundamentais e das normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias individuais e a ausência de responsabilização posterior dos responsáveis pelos delitos político-funcionais causados à nação. Os atos e as violações praticadas por agentes do Estado, aos direitos civis dos moradores, atentam contra a Democracia material, em que a reação do Estado se faz a partir do respeito aos direitos fundamentais do cidadão, e a reação dos investidos na proteção dos atingidos revelam a existência de uma Democracia formal.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno.* Tradução: Vera PEREIRA. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* 15. Tradução: Fernando TOMAZ. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 de jul. de 2013.

BRASIL. Decreto nº 3.897, de 24 de agosto 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm>. Acesso: 12 de jun. de 2013

BRASIL. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp97compilado.htm>. Acesso em: 12 de jun. de 2013.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079consol.htm>. Acesso em: 23 de jul. de 2013).

BRASIL. Lei nº 9.093, de 12 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9093.htm#art11>. Acesso em: 23 de jul. de 2013).

BURGOS, Marcelo Baumann. "Cidade, territórios e cidadania." *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, 1 de Março de 2005: 189-222.

CASTRO, José Nilo de, Alice Barroso de ANTÔNIO, e Cássia Augusta Alves AMARAL. "Ponto facultativo: ato discricionário: previsão de inaplicabilidade no próprio ato: serviços públicos essenciais: continuidade: servidor: trabalho no dia declarado como ponto facultativo: mera faculdade: horas extras: impossibilidade." *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, 1 de abr./jun. de 2011: 195-200.

DE CARVALHO, Fabiano Lima. "O Emprego das Forças Armadas Brasileiras no Combate ao Crime Organizado do Rio de Janeiro (2010): um Câmbio na Política de Segurança Pública Brasileira." *Revista Profissional do Exército dos EUA*, 1 de Janeiro de 2013: 42-54.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Estado de Sítio na Constituição de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional: dissertação para concurso à Livre Docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

FICHINO, Daniela Alessandra Soares. *Pasárgada reconquistada? Estudo sobre o processo de Implementação das Unidades de Polícia Pacificadora. 2012. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito).* São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito de São Paulo, 2012.

Gabinete do Governador. "EMOP - RJ - Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro." *Governo do Rio de Janeiro.* 30 de dez. de 2010. Disponível em: <http://www.emop.rj.gov.br/bs_dinamica.asp?id=140>. Acesso em 22 de jul. de 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da Intervenção federal no Brasil.* São Paulo: RT, 1994.

Pacificação, MPM participa do debate sobre a constitucionalidade da Força de. Disponível em:<http://www.mpm.gov.br/mpm/acontece/mpm-participa-de-debate-sobre-a-constitucionalidade-da-forca-de-pacificacao>. Acesso em: 24 de abr. de 2012.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. *A intervenção federal e o federalismo brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Portal Brasil.* Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estado-brasileiro/feriados-nacionais>. Acesso em: 23 de jul. de 2013.

Revista do Superior Tribunal Militar. "Justiça Militar da União cumpre missão nas operações de pacificação dos complexos da Penha e do Alemão." *STM em revista*, 1 de out. de 2012.

SANTOS, Aricê Moacir Amaral. *O estado de emergência.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* Tradução: Denise BOTTMANN e Ricardo Doninelli MENDES. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. Disponível em: <htpp://www.advogado.adv.br/artigos/2003/alfredocanellas/estadodesalvaguarda.htm>. Acesso em: 23 de jul. de 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 22. ed. São Paulo, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. “Estado de defesa e estado de sítio.” *Revista Forense*, 1 de Abril de 1989: 333-343.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de emergência. O controle do Poder em situações de crise.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLADARES, Licia. “A gênese da favela carioca. A produção anterior às ciências sociais.” *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 1 de Outubro de 2000: 05-34.

RESPONSABILIDADE DOS MAGISTRADOS: IMPACTO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ivete Maria de Oliveira Alves[90]

RESUMO Este artigo é uma reflexão sobre o impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal. Em um Estado democrático de Direito o poder judiciário é responsável em contribuir, com suas decisões, para a redução das desigualdades materiais. Sob este pressuposto teórico, define-se a seguinte questão problema: Em que medida a decisão proferida na ação popular Pet 3388/RR, em 19 de março de 2009, demonstra que os julgadores têm consciência de sua responsabilidade pelos impactos de suas decisões? O objetivo geral foi alcançado na medida em que o estudo realizado demonstrou que decorridos quatro anos, após esta decisão, a situação de miséria dos índios que vivem na área demarcada da Raposa Serra do Sol, apenas aumentou. Contudo, a análise do processo demonstrou que os julgadores agiram em absoluta observância dos preceitos constitucionais e buscaram embasamento para sua fundamentação, também fora do campo jurídico. Em outras palavras, responsabilizá-los pelos impactos negativos da decisão é adotar postura simplista e cômoda diante da verdadeira situação.

PALAVRAS CHAVE: Atuação do judiciário. Condições de existência da democracia. Responsabilização.

ABSTRACT This article is a reflection on the impact of decisions of the Supreme Court . In a democratic state of law the judiciary is responsible to contribute with their decisions , to the reduction of material inequalities . Under this theoretical assumption , we define the following problem question : What extent the decision rendered in popular action Pet 3388/RR on March 19, 2009 , shows that the judges are aware of their responsibility for the impacts of their decisions ? The overall objective was achieved to the extent that the study showed that four years after this decision , the misery of the Indians living in the demarcated area of Raposa Serra do Sol only increased . However, analysis of the process showed that the judges acted in complete compliance with the constitutional principles and sought basis for its reasoning , also outside the legal field . In other words , hold them accountable for the negative impacts of the decision is to adopt simplistic and comfortable position before the true situation

---

[90] Ivete Maria de Oliveira Alves, membro do grupo de pesquisa Democracia, Direitos fundamentais, e Cidadania do IDP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília –DF. Advogada, professora e coordenadora do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Cenecista de Unaí-MG. Email: ivetemariaoliveira@yahoo.com.br.

KEYWORDS : Role of the judiciary. Conditions of existence of democracy, Responsibility.

Introdução

Este artigo é uma reflexão sobre o impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal. No atual modelo de Estado, onde a força normativa da Constituição Federal é tomada como fonte de interpretação, integração e formação de todo o ordenamento jurídico, o papel do Supremo, como guardião máximo de sua efetividade, é de vital importância. Como instituição de última instância, suas decisões colocam um ponto final nas discussões, viabilizando a resolução de inúmeros e complexos conflitos decorrentes das intrincadas relações sociais.

Estas decisões não operam sua influência somente entre as partes envolvidas em cada caso concreto, suas razões e consequências extrapolam até mesmo o campo jurídico. Na hipercomplexa[91] sociedade moderna não existe uma separação nítida entre os campos sociais. Para Bourdier (2007, p. 211) “O campo jurídico é um universo social relativamente independente das pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado”. A independência das decisões torna-se relativa, pois é impossível blindá-las contra os efeitos produzidos dentro dos outros campos sociais. Ademais, os campos se perpassam. Contudo, a decisão dos conflitos é atribuição apenas de um campo e dentro deste é tomada. Para que esta violência seja o mais legítima possível, o discurso do direito que fundamenta cada decisão, não será apenas jurídico; mas político, econômico e social.

O objeto deste estudo é a ação popular 3388/RR, conhecida como o caso Raposa Serra do Sol, julgado pelo Supremo Tribunal Federal há quatro anos.

---

[91] Sociedade hipercomplexa é uma expressão muito utilizada por Marcelo Neves (2007), para demonstrar que as relações humanas modificam-se a cada dia, com nítido reflexo no Direito.

Parte-se da seguinte questão problemática: Em que medida a decisão proferida na ação popular Pet 3388/RR, em 19 de março de 2009, demonstra que os julgadores têm consciência de sua responsabilidade pelos impactos de suas decisões?

O objetivo geral da pesquisa é identificar, no julgamento objeto de estudo, a preocupação dos membros do judiciário em evitar erros, demonstrando terem consciência de sua responsabilidade pelos impactos de suas decisões. Para constatar que o poder judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, tem consciência de sua responsabilidade pela concretização dos direitos sociais. Condição de existência da democracia.

A mídia local e a nacional atualmente acusam o Supremo de ser o responsável pelo aumento da miséria entre os índios, após a demarcação das terras e saída dos fazendeiros brancos. Sabe-se que à época foram feitos levantamentos na área, mediante solicitação do ministro Ayres Brito, comissões de técnicos visitaram o local e tiveram contato direto com a realidade dos povos indígenas da região da Raposa Serra do Sol. Porém, para este estudo não foram feitos levantamentos técnicos, mas apenas observações baseadas no senso comum demonstrado em depoimentos feitos aos órgãos de imprensa. Pretende-se para trabalho futuro, fazer visita à área demarcada, e ter acesso aos documentos que serviram de base à decisão, os quais encontram-se guardados nos arquivos do Supremo Tribunal Federal.

Para responder a pergunta e alcançar o objetivo geral, define-se como objetivos específicos: apresentar o caso objeto de estudo; identificar os impactos causados pela decisão decorridos quatro anos; refletir sobre a teoria da constituição dirigente e a teoria constitucional –deliberativa, destacando a atuação dos magistrados nas decisões que permitem a efetivação dos direitos sociais e refletir a cerca da responsabilização dos magistrados em um Estado democrático de direito. Utiliza-se de raciocínio indutivo, a partir de análise documental do julgamento e de pesquisa bibliográfica, sendo o principal

referencial teórico os conceitos de constituição dirigente e teoria constitucional deliberativa.

2 O caso Raposa Serra do Sol

O caso Raposa Serra do Sol foi um dos mais emblemáticos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Deu-se decisão a um conflito que já perdurara por mais de trinta anos.

Tudo começou em 1993[92], quando a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) pediu ao Ministério da Justiça que reconhecesse uma área de 1,67 milhões de hectares contínuos da Terra indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima. Fernando Henrique Cardoso, então presidente da República, assinou o Decreto n. 1775/96 abrindo o contraditório no processo de reconhecimento das terras. Logo surgiram cerca de quarenta contestações administrativas, cujo provimento foi negado pelo então ministro da justiça Nelson Jobin, que propôs que o reconhecimento contemplasse cinco partes distintas. Dois anos depois Renan Calheiros, como chefe do Ministério da Justiça, assinou portaria declarando a região da Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas em área contínua.

Diante desta situação o governo do Estado de Roraima impetrou mandado de segurança, pedindo a anulação da referida portaria. Pedido que foi negado em 2002 pelo Superior Tribunal de Justiça. Em 2005 o presidente Luís Inácio Lula da Silva assinou Decreto determinando a homologação da demarcação da Terra Indígena raposa Serra do Sol e estabeleceu a região do Parque ambiental do Monte Roraima a um regime jurídico de dupla afetação na medida em que é unidade de conservação, mas também deve servir á realização dos direitos constitucionais dos índios.

---

[92] Fatos históricos disponíveis em: http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/. Acesso em 24 de agosto de 2013.

Continuaram os conflitos, culminando ainda em 2005, com o ajuizamento da Petição nº 3388/RR, pelo senhor Augusto Affonso Botelho Neto em face da União, impugnando o modelo de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e requerendo a suspensão liminar dos efeitos da portaria 534 de 2005 e do decreto homologatório assinado pelo presidente Lula, com sua posterior declaração de nulidade.

Diante da grande extensão da área e de seu alto valor econômico, aliada à visibilidade da ação popular proposta, o caso tornou-se histórico. Ainda mais quando os ministros manifestaram a vontade de que esta decisão fixasse uma orientação válida para todos os demais casos envolvendo demarcação de terras indígenas. Com esta pretensão os magistrados deixaram claro que iriam além do caso sob julgamento, construindo uma decisão que fosse aplicada a outros casos de conflitos demarcatórios.

> A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvem terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. (STF, Pet. 3388/RR, trecho do voto do min. Menezes Direito).

Assim, o Supremo extrapolou os limites da ação popular para contribuir com casos similares. Por decisão da maioria, foram acrescentadas dezenove cláusulas condicionantes dos interesses dos indígenas aos interesses públicos, determinando com clareza o que pode e o que não pode limitar o direito ao usufruto dos índios, conciliando os interesses aparentemente em conflito. O ministro Joaquim Barbosa considerou que tal estabelecimento de cláusulas, tornaria a decisão *extra petita,* embora se permitissem até mesmo nova sustentação oral pelas partes. Contudo este argumento foi rebatido pelo ministro Ayres Brito, relator do caso. Brito considerou que não havia julgamento *extra petita*.

> [...] as propostas de voto do Ministro Menezes Direito operacionalizam a nossa decisão e resolvem problemas em concreto. Mas o central permaneceu intocado. [...] com essa técnica criativa, inteligente, de condicionar a execução de nosso julgado a algumas providências, entendo que essa proposta atua no campo da operacionalização do nosso decisório. (Brasil, STF, Pet. 3388/RR, trecho do voto do min Carlos Ayres Brito).

Com este argumento o relator convence a maioria dos magistrados que negam nova sustentação oral, sob insistentes protestos do ministro vencido. E com nítida ampliação dos limites constitucionais da ação popular, que não compreende a fixação de uma orientação que vincule outros casos que não aquele que foi apreciado.

> Consiste a ação popular em instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos ao patrimônio público, da moralidade administrativa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. (SILVA, 2009, p. 464).

Uma decisão em ação popular não compreende a fixação de orientações com vinculação a outros casos, mesmo assim esta foi a opção da maioria do colegiado. Nesta ação foram admitidos assistentes que acompanharam o processo e inclusive tiveram direito a sustentação oral. Ao final foram confirmadas a portaria do ministro da justiça e o decreto presidencial, determinada a saída dos não índios, para dar vitória à minoria como expressão de constitucionalismo fraternal e finalmente fixadas dezenove salvaguardas que deverão nortear todos os novos processos de demarcação. Sendo a ação julgada parcialmente procedente.

> RESUMO DA EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO

> DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. (Brasil, STF, Pet. 3388/RR)

Até chegar-se a esta ementa, houve um longo caminho percorrido, na data do julgamento o processo já tinha 51 (cinquenta e um) volumes. Com a inicial foram juntados pelo autor, relatório pericial e relatório parcial da comissão externa do senado federal. A ação foi contestada, com o devido respeito ao contraditório e a ampla defesa. Em sua contestação a União fez levantamento histórico da ocupação indígena, paralelamente à evolução legislativa sobre o assunto. As partes não pugnaram por novas provas e somente a União apresentou razões finais. Foi ouvida a Procuradoria Geral da República com parecer pela improcedência da ação. A FUNAI ingressou no processo após encerrada a instrução, como parte juridicamente interessada, juntando documentos e pedindo a improcedência do pedido inicial. Dois dias depois foi a vez do Estado de Roraima, ingressar como litisconsórcio necessário, na condição de autor, reforçando com documentos históricos as nulidades que julgava ter no processo demarcatório desde o início e acrescentando novos pedidos.

Após todos estes atos, foi dado vista às partes originárias no processo. E também ao Ministério Público. O plenário do tribunal decidiu quem teria direito à sustentação oral.

O relator, que teve seu voto acompanhado pela maioria dos ministros, deixou claro que não encontrou consenso na análise de relatos dos científstas políticos, antropólogos, sociólogos, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG's e igrejas, por isto fundamentou seu voto da forma mais objetiva possível nos dezoito dispositivos constitucionais que tratam sobre os índios no Brasil.

3 Impactos causados pela decisão decorridos quatro anos

A decisão proferida na Petição 3388 em 19 de março de 2009 respeitou as áreas do Pelotão especial de Fronteiras, os núcleos urbanos de dois municípios, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais. O tribunal cuidou de observar os ditames constitucionais quanto à nulidade processuais e aceitação de representantes das comunidades indígenas, como assistentes simples. Foram considerados os direitos constitucionais dos povos indígenas, com preservação da identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não índios. Determinou que a atuação dos Estados e Municípios em terras já demarcadas se darão sob a liderança da União e sob tutela do Ministério Público. Manteve-se a denominação terras indígenas, para reforçar a sua pertença ao território nacional. Os artigos 231[93] e 232[94] da Constituição da República são de finalidade nitidamente fraternal e solidária, buscando a igualdade civil-moral de minorias, com vistas à integração comunitária, a se viabilizar através de mecanismos oficiais de ações afirmativas. Foi assegurado aos índios um espaço fundiário que lhes assegura subsistência e condições de preservar sua

[93] Art. 231 da CF de 1988. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
[94] Art. 232 da CF de 1988. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

identidade somática, linguística e cultural. Os direitos dos índios foram reconhecidos e não outorgados, sendo o ato de demarcação de natureza declaratória e não constitutiva.

O reconhecimento de direitos é fundamental, sobretudo em um Estado de Direito. Segundo Maus (2010) em suas origens o Estado de Direito não tinha como objetivo a moderação do poder estatal, mas a sua legalização. Objetivando fundamentar sua legitimação não em finalidades estatais metafísicas, mas na necessidade dos indivíduos. O Estado de Direito transformou-se em um Estado Constitucional Democrático de Direito, e neste modelo para que o poder estatal seja legítimo, os direitos garantidos na Constituição devem ser efetivados. Em outras palavras, em um Estado Constitucional Democrático de Direitos os direitos devem ser garantidos a todos, inclusive às minorias.

Sabe-se que os índios representam pequena parcela da população brasileira e têm sofrido intenso processo de aculturação, mas permanecem índios para fins da proteção constitucional. Ao proferir a decisão sob estudo, buscou-se garantir direitos sociais a esta minoria. O relator Ministro Ayres Brito, ressaltou a harmonia entre o índio e a terra, garantiu-lhe ampla proteção e apoio dos Municípios, Estados Federados e União.

Porém passados quatro anos após a decisão, a situação dos índios demonstra que os seus impactos sofreram um grande desvio entre o posto e o efetivamente realizado. Segundo Azevedo (2011) muitos índios já abandonaram a reserva. Quatro anos após o Supremo Tribunal Federal determinar que a área de Raposa Serra do Sol era uma reserva indígena e que os brancos teriam de ir embora, a energia elétrica finalmente chegou ao barraco de madeira de dois quartos do líder da etnia macuxi Avelino Pereira. Ele mora com a mulher, filha e neta lá. Mas seu barraco, contudo, está a cerca de 180 km da comunidade da Raposa Serra do Sol em que residiu boa parte de sua vida. Hoje Pereira vive em Nova Esperança, uma invasão na periferia da capital de Roraima, Boa Vista, situação que ilustra o que ocorreu com parte

da comunidade indígena após a demarcação. No município de Cantá à 38 km de Boa Vista, outro líder indígena, Sílvio da Silva, faz coro e fala sobre uma "maldição da Raposa". "Hoje temos vários indígenas 'saídos' [da reserva] para procurar melhora de vida", diz Silva, ex-presidente da Sociedade de Defesa dos Índios Unidos do Norte de Roraima.

Entre os principais alvos das queixas está a própria Funai (Fundação Nacional do Índio). "Eles querem que o índio volte a viver no passado, como viveram os nossos, que tinham raiz e usavam capemba de buritis [adereço] no pé, a bunda aparecendo. Hoje não, não quero fazer isso." Com a chegada da noite em Boa Vista, surge outra face da busca por sobrevivência de indígenas nas periferias: a prostituição. No bairro Asa Branca, algumas mulheres conversam com vestidos curtos e maquiagens carregadas, vozes abafadas pela música alta do grupo Calcinha Preta. A Funai não se pronunciou sobre a situação da reserva. Os produtores rurais, por sua vez, migraram para outros Estados e para a Guiana. Dono de duas fazendas na área, Paulo Cesar Quartiero (DEM-RR), hoje tem fazenda na ilha de Marajó, no Pará. O deputado, que chegou a ser preso durante o processo de retirada de produtores, faz parte da Comissão de Integração Nacional da Câmara que se reuniu em Boa Vista com agricultores e índios para discutir a situação da região. Pequenos produtores também vivem dificuldades. "O governo prometeu que ia dar uma casa, um poço artesiano e não deu nada", diz Wilson Alves Galego, 72. Pois é… O fatal aconteceu. As ONGs que lutaram para expulsar os arrozeiros não estão nem aí; a Fundação Ford, que as financia, não está nem aí; a Funai não está nem aí; Ayres Britto não está nem aí; o STF não está nem aí. (Azevedo, 2011).

Raposa Serra do Sol – Os miseráveis que o STF criou com a antropologia poética de Ayres Britto. Não foi falta de aviso!

Fonte: htt://www.veja.abril.com.br/blog/Reinaldo/tag/raposaserradosol.
Acesso em 24 de agosto de 2013.

Azevedo (2011) chega a afirmar que este foi o resultado que quis o ministro Ayres Britto, que contou com o apoio da maioria do Supremo. Seu relatório exaltando a harmonia entre o índio e a terra é um primor da antropologia… poética (íntegra aqui). Eu o ridicularizei duramente aqui, chamando a atenção dos senhores ministros para o fato de que aqueles índios já eram aculturados. Sem a economia capitalista que já havia se instalado lá, a miséria seria certa. Foi inútil. Ayres Britto tinha um modelo de índio na cabeça e o impôs legalmente. Não custa lembrar que os agricultores ocupavam MENOS DE 1% DA RESERVA, mas empregavam farta mão-de-obra indígena. Hoje, 13% do território nacional é composto de reservas indígenas, onde vivem 750 mil índios. De novo: 13% do território abriga 0,41% da população!!! Fossem eles autônomos, numa economia auto-sustentável, vá lá… Mas não! Dependem da Funai — além de se dedicar ao desmatamento e ao garimpo ilegais. Mas volto à Raposa Serra do Sol. A Fundação Ford, que financiava um grupo de índios que queria a expulsão dos brancos, ganhou.

A indignação de Azevedo (2011) certamente é a indignação de muitos brasileiros. Porém, seria possível que o Supremo Tribunal Federal decidisse de modo diferente? Ali cabia pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou não de um Decreto presidencial. Ao proferir tal

julgamento poderia prever os reais impactos desta decisão? Estas indagações conduzem este estudo à problemática que dá suporte a presente reflexão, ou seja, Em que medida a decisão proferida na ação civil Pet 3388/RR, em 19 de março de 2009, demonstra que os julgadores têm consciência de sua responsabilidade pelos impactos de suas decisões?

Certo é que em um Estado Constitucional de Direito a tarefa do julgador acaba produzindo resultados que afetam direitamente a vida dos jurisdicionados. Neste modelo a jurisdição constitucional cresce a cada dia e o magistrado torna-se a esperança das minorias de ver seus direitos constitucionais efetivados. O juiz torna-se o guardião das promessas.

4 A atuação dos magistrados sob a teoria da constituição dirigente e sua passagem para a teoria constitucional deliberativa

No estado democrático constitucional, o poder emana do povo, que escolhe seus representantes e vota as leis que julga necessárias para garantir a ordem e o progresso da sociedade. Estabelecem uma constituição que será a lei maior, que organiza o Estado, escolhe os direitos fundamentais a serem garantidos e norteia a elaboração das outras leis. É o império da Lei. Império este definido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[95]. Neste modelo o juiz será mero aplicador da lei, sem qualquer poder criativo, como nos ensina a professora Mônica Sifuentes: será mero burocrata.

> A função do juiz, nesse modelo, é praticamente a de um burocrata, administrador da justiça definida por outro intérprete, mera “voz ou boca” do direito feito pelo legislador, na imagem monstesquiana e ao típico estilo napoleônico. Dessa imagem sairá o paradigma europeu-continental do juiz-burocrata, ou profissional. (SIFUENTES, 2005, p. 42-43).

---

[95] Art 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:
“Tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.”

Vale ressaltar que na França a chave das instituições judiciárias estão nas mãos dos políticos, em razão de não ser o judiciário um poder distinto, mas sim mera autoridade. Desta forma, a atuação do juiz se limita à mera aplicação da lei aos casos concretos. Limitando suas decisões ao que a lei estabelece, sem quaisquer influências principiológicas ou juízos valorativos. Esta obediência à lei é o resultado da aplicação do princípio norteador de supremacia do poder do povo, representados por seus eleitos, em outras palavras, é a vontade da maioria que deve prevalecer sobre a vontade da minoria representada pelo cidadão que busca a tutela jurisdicional.

Contudo, mesmo na França, o papel do juiz tem sofrido grandes mudanças. Garapon (2001) relata que o juiz tem sido cada vez mais procurado para resolver questões sociais e políticas, para se manifestar em inúmeros setores da vida social, atuando como árbitro, jurista, conciliador e pacificador das relações sociais. Esta demanda por justiça parece ser universal; em todo o mundo os cidadãos têm procurado no juiz um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar a complexidade gerada por elas mesmas.

> Quanto mais a democracia - sob sua dupla forma de organização política e social – se emancipa, mais ela procura na justiça uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça. A salvaguarda – tal como a informática – é vinculada à fragilidade e à memória. O destino das sociedades é esquecer suas tradições, refutar suas heranças para reinventar seu destino, mas poder-se-ia viver sem memória? O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos. (GARAPON, 2001, p. 27).

Assim, a atuação do juiz é decisiva para a manutenção dos valores escolhidos pelo povo para guiar a vida social, na garantia de que não pereçam quando vierem as gerações futuras. No estado de direito o direito limita a democracia, para poder preservá-la.

O estado democrático de direito é uma organização política onde o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por representantes eleitos periodicamente, mediante sufrágio livre, universal, direto e secreto para governá-lo por períodos previamente definidos no texto constitucional. Este Estado deve assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em outras palavras, é um modelo de Estado que pretende incorporar características do Estado liberal e do Estado social, superando dialeticamente estes dois modelos, não os renegando mais sim incorporando aspectos de cada um. Dele derivam os princípios separação dos poderes, do pluralismo político, da isonomia, da legalidade e até mesmo da dignidade da pessoa humana. (MENDES, et al, 2008).

A Constituição brasileira de 1988 instituiu não apenas um Estado Democrático e constitucional, mas um Estado Democrático de Direito. A existência harmoniosa destas duas concepções políticas não se dá sem ambigüidades; para Oscar Vilhena (1999) esta tem sido a principal meta do constitucionalismo moderno e contemporâneo. A tensão é constante entre os instrumentos democráticos e a necessidade de proteção dos direitos das minorias. E quanto maior for o número de princípios e direitos inseridos na Constituição, mais amplas serão as atribuições de um Tribunal Constitucional.

O rol de direitos e princípios constitucionais colocados a salvo das decisões majoritárias, permeia todo o texto constitucional. O que conduz a um Tribunal Constitucional muito atuante na vida dos cidadãos, cujas decisões envolvem questões controversas, morais e valorativas, de grande repercussão política na sociedade.

O juiz deste século XXI, não é como aquele juiz que emergiu da Revolução Francesa, não é um juiz desconectado das complexas questões sociais, não é mero aplicador de uma lei que expressa a vontade da maioria popular. O juiz que advém da Revolução Americana, é um juiz ativo, fortalecido com o poder não só de examinar a constitucionalidade das leis, recusar a

cumprir as leis contrárias à constituição, como também capaz de criar positivamente o direito, pela força dos precedentes judiciais (SIFUENTES, 2005). Esta transformação é resultado da transformação da própria democracia.

O Brasil, com sua característica pluralista, adota características dos dois modelos.

> O Brasil, ao contrário, aproximar-se-á do sistema inglês de controle da Administração e conferirá maiores poderes de injunção aos seus juízes, mantendo, no entanto, o mesmo paradigma do juiz burocrata ou funcionários, como os franceses (SIFUENTES, 2005, p. 56).

Assim, oscila-se entre o paradigma legalista e ao paradigma ativista, o que certamente conduz a questões intrincadas. O desafio é manter o diálogo entre os dois sistemas sem ameaçar os valores democráticos e inserir no jogo democrático um novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência e neutralidade. Tarefa que demanda maturidade do magistrado, que não ocupa cargo eletivo, e nitidez de sua postura de defensor de um Estado Constitucional Democrático de Direito. Canotilho (2006) ensina que independente do tipo de Estado; o novo constitucionalismo, para contribuir com a formação de um Estado capaz de assegurar os enquadramentos políticos e institucionais para a prossecução do desenvolvimento sustentável e eqüitativo, deverá somar aos princípios tradicionais do Estado: proteção de segurança e da confiança jurídicas; princípio da proporcionalidade e do acesso ao direito.

Novos princípios, como: o princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do estado; princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional; princípio da abertura especialmente vocacionado para a busca de soluções múltiplas de governo; princípio da eficácia das ações políticas e finalmente, o princípio da democracia participativa. Estes novos princípios devem ser acrescentados,

segundo o paradigma da geologia, formando uma nova camada no direito constitucional.

Certamente em um Estado norteado por todos estes princípios, o homem comum deixará de ser apenas súdito, para ser realmente um cidadão comprometido com o direito e com a democracia. Ademais, a tarefa de defender os direitos constitucionais não é tarefa apenas dos magistrados, mas de toda a sociedade brasileira.

Canotilho (1997) identifica os puros democratas e os puros constitucionalistas, mas ressalta que o constitucionalista pode ser democrata e o democrata pode ser constitucionalista. O constitucionalismo considera fundamental o processo democrático e a teoria democrática reconhece a importância dos direitos individuais garantidos na Constituição. A diferença está apenas na forma de proteger estes direitos e os bens constitucionais a eles inerentes.

> Os democratas puros acreditam na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como a forma de assegurar a proteção das liberdades e direitos das pessoas. Os constitucionalistas tomam o processo político como base das políticas públicas em relação aos direitos, mas o processo político não é suficiente para se avalizar a justeza dessas políticas. (CANOTILHO, 1997, p. 1388).

Em outras palavras, para os democratas protege-se os direitos, protegendo-se a democracia, para os constitucionalistas, protege-se a democracia, protegendo-se os direitos individuais. O estado democrático de direito tem o objetivo de atuar como um estado dirigido pelos representantes da vontade geral, mas com garantia dos direitos das minorias. No Estado brasileiro não é diferente, busca-se garantir os direitos individuais, mas dentro dos limites estabelecidos pela vontade geral estabelecida no ordenamento jurídico nacional.

Ao enfrentar esta questão Neto (2006) destaca dois modelos de teoria constitucional: a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição

democrático-delibertativa. Para a primeira os direitos sociais previstos na Constituição são o objetivo da democracia. Esta teoria legitima o dirigismo constitucional. Já para a segunda, os direitos sociais são condição de possibilidade de um Estado democrático. Identifica-se com a teoria democrática da constituição. Porém as democracias contemporâneas caracterizam-se pelo desinteresse pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação, pela corrupção generalizada e infidelidade dos governos. Além disto, o povo não tem maturidade democrática, o que viabiliza a formação de um cenário onde o judiciário tem sido um pai ou coronel em defesa da Constituição, da democracia e dos direitos sociais.

Segundo Canotilho (1997) as constituições servem para estabelecer mecanismos constitucionais com o objetivo de assegurar a subsistência do compromisso-consenso constitucional evitando conflitos. As sociedades autovinculam-se através da Constituição para resolver os problemas advindos da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades. Também pode haver uma autovinculação positiva; em outras palavras, as constituições criam condições institucionais adequadas à auto-realização e auto-aperfeiçoamento da sociedade. As regras e princípios constitucionais servirão para legitimar a formação e educação das próprias preferências individuais e das gerações que virão.

A Constituição possui uma pretensão de eficácia e torná-la efetiva é tarefa de todas as instituições, particularmente do judiciário, que através de sua Corte constitucional assume esta tarefa com maior clareza, ao adotar posturas de interpretação ativas do texto constitucional em suas decisões, procurando garantir a concretização de direitos dos seus jurisdicionados. Deixa de ser mero legislador negativo e assume nova postura de perfil criativo na defesa dos direitos constitucionais. Fato que tem provocado caloroso debate em razão do princípio constitucional da separação dos poderes.

> Nesse quadro de mudança do papel dos juízes, como se conceberia a função jurisdicional, tradicionalmente deferida ao

> Poder Judiciário? A interpretação do direito feita pelos juízes em suas decisões e sentenças equiparar-se-ia à atividade criativa do direito, desenvolvida pelo legislador? Se isso é verdade, em que então elas se diferenciam? Estaria o Poder Judiciário, ao contrário, invadindo as funções dos dois outros? (SIFUENTES, 2005, p. 75).

No Brasil, sob o império da Constituição de 1988, o defensor da Constituição é o Judiciário, sob o comando do Supremo Tribunal Federal.[96] O constituinte parece ter desconfiado do legislador ordinário, buscando limitar e controlar sua atuação, estabelecendo mecanismos como as Ações de inconstitucionalidade e os Mandados de injunção. Quando o cidadão faz esta descoberta surge o fenômeno chamado judicialização da política. “Tem-se, assim, uma judicialização da política cuja origem está na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário” (VIANA, 1999, p. 43).

Ademais, este é um fenômeno que vem marcando este início de século XXI em todas as democracias ocidentais. Em outras palavras, a busca pela igualdade material contribui para uma transferência de poderes do legislativo para o judiciário, o que pode evidenciar um interesse político das cortes constitucionais. A judicialização de questões polêmicas pode reduzir o custo eleitoral de sua resolução legislativa, evitando a discussão aberta de questões difíceis pela sociedade. O que denota uma deficiência da concretização democrática.

Somente em um contexto de igualdade material razoável é possível uma interação dialógica e cooperativa entre os diversos atores que assumem posições no processo político-democrático. Quando falha a deliberação majoritária na efetivação de direitos fundamentais justiça-se o controle de tais decisões pelo Judiciário. “Como se observa a conexão entre democracia e igualdade material é bastante freqüente. Existe, no entanto, um aspecto em

---

[96] Art. 102 da Constituição de 1988
Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:......

que as diversas concepções se dividem: a igualdade material deve ser entendida como objetivo ou como condição da democracia?” (NETO, 2006, p. 07).

Em certos casos levados ao judiciário é extremamente complicado cumprir a tarefa de decidir, mesmo que seja para garantir direitos sociais, objetivando maior igualdade material.

Como neste caso sob estudo, os magistrados em maioria quase absoluta determinaram a expulsão dos não índios da área da Raposa Serra do Sol. Agora passados quatro anos da decisão os índios estão em situação material ainda pior do que antes da demarcação de suas terras. Os ministros são acusados pela população de terem sucumbido aos encantos poéticos e utópicos da fundamentação feita pelo ministro Ayres Brito, relator do caso; que proferiu voto cheio de inspirações humanísticas e antropológicas, porém sem levar em conta importantes aspectos econômicos locais. Os impactos da decisão parecem demonstrar que falharam o executivo, o legislativo e por último, falhou o judiciário. Culminado com o descontentamento dos principais interessados na decisão.

4 Responsabilização dos julgadores

Ao judiciário cabe a prerrogativa de decidir. Ao Supremo incumbe a tarefa de decidir em última instância. Cabe-lhe acertar ou errar por derradeiro. A realidade tem demonstrado que o campo ocupado pelo legislativo e executivo tem sido reduzido e em sentido contrário tem se alargado o campo ocupado pelo judiciário. Ou seja, o enfraquecimento do legislativo e do executivo tem levado a uma supervalorização do judiciário. O enfraquecimento de um poder conduz ao enfraquecimento do outro. Para limitar um poder é importante o fortalecimento do outro. Certamente encontra-se nesta constatação a solução para o impasse de legitimação do poder, que parece apontar para o diálogo institucional entre os três poderes do Estado.

Enquanto não se atinge a maturidade institucional necessária para ocorrência deste diálogo, o campo jurídico alargado, busca proteger-se e legitimar-se. O arbítrio dos julgadores é limitado pela necessidade de fundamentação das decisões, pela realização de audiências públicas, admissão de *amicus curiae* e responsabilização dos magistrados por seus atos.

Com a ampliação da atuação, críticas já tem sido feitas ao poder judiciário, que não está imune às mazelas da corrupção e práticas contrárias aos interesses públicos. Isto faz surgir no povo a desconfiança e insegurança perante o seu último refúgio. Algumas decisões não conseguem resolver os conflitos; tentam reduzir a desigualdade material, mas seus impactos acabam acarretando retrocesso e não avanço social. Talvez o formalismo, isolamento social e formação excessivamente dogmática dos magistrados os distanciem da realidade. Tudo isto corroborado pelo corporativismo que evita responsabilizações por seus erros, afastam o cidadão de seu último guardião.

A credibilidade do judiciário junto aos jurisdicionados depende do aprimoramento do exercício da função judicante. O que somente pode ser concretizado com o emprego de discursos de fundamentação de decisões atreladas à técnica, subsidiadas por informações encontradas também em outros campos sociais, materializadas sob forte componente ético e sujeitas à apuração de responsabilidades.

A responsabilidade dos magistrados tem previsão penal[97], sob este aspecto os juízes respondem como qualquer servidor público. As atividades jurisdicionais no processo civil estão reguladas no código de processo civil[98], que impõe penas de perdas e danos ao juiz que agir com dolo ou fraude. A lei Orgânica da Magistratura[99] regulamenta a punição de possíveis condutas

---

[97] Artigo 630 do CPP: O tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.
[98] Art 133 do CPC: Responderá por perdas e danos o juiz, quando:
I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II- recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.
[99] Lei n. 4.898/65: Lei orgânica da Magistratura.

incompatíveis com o exercício da função e comportamentos faltosos dos juízes. E finalmente a Constituição Federal de 1988[100] que não dispõe sobre a possibilidade de punir os juízes por erro no exercício do seu ofício, mas dispõe sobre a responsabilidade objetiva do Estado, com posterior ação regressiva contra o juiz, em casos em que agir culposa ou dolosamente.

Em um Estado democrático de direito, o juiz não impõe sua decisão. Ele decide e justifica, fundamenta; faz uso da palavra para justificar seu convencimento. Atua livremente, mas com responsabilidade, o que significa que tem compromisso em prestar contas por seus atos praticados. Esta responsabilidade, quando de fato exercida, limita seu poder. Ressalta Arruda (1997, p. 166) que "responsável é o indivíduo que tendo um determinado dever jurídico, não o cumpre em plenitude, o que implica tanto o não fazer como o fazer de forma defeituosa". Os membros do judiciário têm prerrogativas importantes, como a independência para o livre exercício de sua função judicante, mas não estão livres para usá-la para o retrocesso das conquistas sociais.

> Parece razoável pensar que o princípio da independência é uma garantia política dada ao Judiciário para o benefício da sociedade, e não para o benefício dos seus membros ou dos grupos que esses representem. (ROSA, 1997, p. 267)

O Estado democrático de direito impõe que todos cumpram seus deveres sob a regência dos princípios constitucionais que lhe são inerentes, sobretudo os princípios democráticos que permitem o funcionamento das instituições. O poder de julgar encontra-se vinculado à responsabilidade de contribuir para efetivação das promessas constitucionais em benefício da sociedade e concretização dos preceitos contidos no ordenamento. Assim, pode-se afirmar que a redução das desigualdades materiais é fundamental para a concretização deste Estado. E norteará as decisões dos magistrados em todas as instâncias judiciárias.

---

[100] Art 37, parágrafo 6º da CF: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos caos de dolo ou culpa.

Em regra o magistrado não será pessoalmente responsabilizado por seus erros, decorrência da responsabilização objetiva do Estado. Parece que estes estão acima dos jurisdicionados e nunca poderão responder por seus erros.

> Por outro lado, os juízes, colocados dentro de uma redoma, são considerados, pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, imunes à responsabilidade por seus atos e omissões, protegidos pelo manto da coisa julgada e sob a muralha da soberania estatal e da independência. A esse fim, defende-se a responsabilidade disciplinar e penal, nos casos típicos, e a civil, somente em situações excepcionais, verdadeiras patologias judiciárias. (LASPRO, 2000, p. 18).

Vale destacar que em um Estado democrático de direito; a lei e todo o ordenamento deve ser obedecido por todos: súditos e soberanos. Jurisdicionados e magistrados. Sob pena de tornar-se a Constituição mera bandeira simbólica, que ostenta direitos fraternais e cheios de boas intenções sociais. Porém, servem apenas para simbolizar um Estado que não existe[101].

Laspro (2000) defende a responsabilização dos juízes como todo profissional, que deve desempenhar sua função com zelo e eficiência. Inclusive se sua decisão causar dano patrimonial à parte, uma vez comprovado o erro, deverá o magistrado indenizar, reparando o dano causado. A responsabilidade civil consiste em ensejar o dever de ressarcir o jurisdicionado pelos prejuízos causados pela ação ou omissão ilícitas, ou indenizar, no caso de atividades lícitas, a mesma se apresenta sob diversas formas: a) responsabilidade exclusiva do Juiz; b) responsabilidade do Estado com possibilidade de exercício do direito de regresso; c) responsabilidade concorrente do Estado e do Juiz.

Na primeira espécie apenas o juiz responderá pelo dano que der causa. Nos sistemas que permitem somente este modelo, são reduzidas as hipóteses de cabimento e a possibilidade de efetiva recomposição do patrimônio. Na

---

[101] Para aprofundar-se nesta questão ver: NEVES, Marcelo. A c**onstitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

segunda espécie a parte se dirige somente em face do Estado e, caso este venha a sofrer condenação atendidas as condições peculiares, poderá exercer o direito de regresso em face do juiz causador do dano. Este parece ser o sistema mais moderno, pois permite o efetivo ressarcimento e preserva o juiz, com um escudo protetor. Porém pode acabar contribuindo para aumentar a cultura da impunidade dos magistrados. Finalmente na terceira espécie, Estado e juiz são solidários na responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos causados.(LASPRO, 2000).

Nos sistemas que admitem esta forma de responsabilização, caberá à parte legitimada ingressar com a demanda em face do Estado e do Juiz, isoladamente ou formando um litisconsórcio. A crítica a este sistema consiste em expor o juiz a demandas fundadas em mera vingança, enquanto poderia receber com maior certeza do Estado, que se quiser poderá propor ação de regresso contra o juiz.

Quem causa dano deve reparar o prejuízo que deu causa, mesmo nas decisões dos colegiados, é possível identificar os votos. Mas permitir que somente o magistrado seja acionado pode restringir sua independência e limitar sua liberdade de aplicar o direito aos casos concretos. Permitir que a parte prejudicada acione somente o Estado, que se quiser poderá acionar regressivamente o juiz, como adotado em nosso sistema, pode até gerar uma cultura de impunidade, mas se os gestores agirem sob os princípios da boa governança e não serem submissos ao corporativismo, certamente o juiz será protegido para julgar com independência, e será penalizado quando agir com erro e causar prejuízo à parte. Permitir que a parte acione de forma concorrente Estado e Juiz pode limitar a independência dos magistrados e criar uma cultura de vingança entre jurisdicionados e magistrados.

Segundo Cappelletti (1989, p. 62) o sistema adotado pelo Brasil e pela França é o melhor modelo:

> [...] solução mais avançada e sofisticada, pois conjuga e concilia as duas finalidades vitais nesta matéria: a finalidade de garantir à vítima remédio seguro – uma maneira, seria o caso

> de dizer de socialização, ou se prefere, de fiscalização, do risco – e a finalidade-escudo, de proteger, dessa forma, o juiz contra ações vexatórias”.

Diante da ampliação do campo judiciário neste século XXI a questão da responsabilização dos magistrados pelos impactos de suas decisões, é tema que começa a despontar nos debates acadêmicos e jurídicos. Ademais a atividade jurisdicional tem acarretado profundos reflexos nas relações materiais, o que conduz a uma ampliação da responsabilidade pelo seu exercício.

Conclusão

A pesquisa realizada alcançou seu objetivo geral, na medida em que permitiu uma reflexão sobre o caso Raposa Serra do Sol. Foi identificada no objeto sob estudo, a preocupação do judiciário em evitar erros, demonstrando que os ministros tem consciência da sua responsabilidade pelos impactos de suas decisões, mesmo quando decidem em prol da concretização de direitos sociais de parcela minoritária da população. Esta constatação foi possível com a análise do processo, sobretudo do voto do ministro Ayres Brito, relator do caso.

Decorridos quatro anos, a região encontra-se em situação degradante e grande parte dos índios em situação de miséria absoluta, pois foram deixados à própria sorte. Com a saída dos não índios e a falta de políticas públicas adequadas, não houve efetivo incremento na redução da desigualdade material. Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal é acusado pelos impactos negativos da decisão, uma vez que determinou a saída imediata dos não índios de toda a área demarcada.

Contudo, o estudo demonstrou que a atuação da corte ocorreu dentro dos parâmetros legais e em absoluto respeito à Constituição Federal. Em todas as fases do processo foi obedecido o devido processo legal, com garantia à ampla defesa e contraditório pelas partes. Foram buscadas informações em

outros campos sociais, através de relatórios informativos externos, análises históricas sobre a ocupação dos índios e foram concedidas sustentações orais de assistentes de ambas as partes.

Sob a perspectiva teórica de que em um Estado democrático de direito, é função do poder judiciário, contribuir com a redução das desigualdades matérias para existência da democracia. Assim, se passados quatro anos da decisão, a condição social dos índios não está melhor, não se pode responsabilizar o poder judiciário.

Pretende-se em estudos futuros, analisar os documentários que foram produzidos por comissões designadas pelo ministro Ayres Brito, para fazerem estudos da questão no local. E também fazer levantamento sobre as condições reais dos índios antes e depois da demarcação. Isto será feito através de consulta aos arquivos do Supremo, da Funai e do IBGE; além de visita à região demarcada. Somente de posse destes dados será possível identificar os reais impactos desta decisão à sociedade local.

Referências bibliográficas

ARRUDA, Kátia Magalhães. A responsabilidade do juiz e a garantia de independência. In **Revista de Informação Legislativa.** Ano 34. N. 133, jan/mar. BRASÍLIA, 1997.

AZEVEDO, Reinaldo. **Raposa Serra do Sol**. Disponível em : htt://www.veja.abril.com.br/blog/Reinaldo/tag/raposaserradosol. Acesso em 24 de agosto de 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. BRASÍLIA: Senado, 2012.

_______, Código Processo Penal. Decreto -Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Vade mecum**. SÃO PAULO: Revista dos Tribunais, 2013.

_______, Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Vade mecum**. SÃO PAULO: Revista dos Tribunais, 2013.

_______, Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. SÃO PAULO: Revista dos Tribunais, 2013.

________, Supremo Tribunal Federal. Ação popular. Petição 3388/RR. Relator Ministro Ayres Brito. Julgamento em 19 de mar de 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução Fernando Tomaz, 10 ed. RIO DE JANEIRO. Bertrand Brasil, 2007.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição.** 4ª ed. COIMBRA: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. PORTO ALEGRE: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas.** RIO DE JANEIRO: Revan, 2001.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz.** SÃO PAULO: Revista dos Tribunais, 2000.

MAUS, Ingeborg. **O judidicário como superego da sociedade.** RIO DE JANEIRO: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional.** SÃO PAULO: Saraiva, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da constituição, democracia e igualdade.** RIO DE JANEIRO: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. SÃO PAULO: Martins Fontes, 2007.

ROSA, João Abílio de Carvalho. Disparidades nas sentenças criminais sob a commmon Law: uma construção crítica. *In:* **AJURIS**, vol. 24, n. 69, março, 1997.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** SÃO PAULO: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** SÃO PAULO: Malheiros, 2009.

VIANA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** RIO DE JANEIRO: Revan, 1999.

VILHENA, Oscar. **A constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** SÃO PAULO: Malheiros, 1999.

O DIREITO FUNDAMENTAL, CONFORME PREVISÃO CONSTITUCIONAL, DA EXECUTABILIDADE INTERNA DAS DECISÕES JUDICIAS PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Flávia Martins Affonso[102]

RESUMO Buscará o artigo, após realizar breve estudo de como a Jurisdição nacional vem incorporando as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, defender a desnecessidade de prévia legislação nacional interna para fins de permitir a executoriedade da sentença indenizatória proferida pela Corte contra o Estado, até em razão do bloco de constitucionalidade a que fazem parte os tratados que cuidam dos direitos humanos, sendo que a aceitação do Brasil à sua jurisdição se deu antes da EC/45, quando se passou a prever o rito que os tratados de direitos humanos deveriam observar para serem recebidos com força de norma constitucional.

Palavras-chaves: Hierarquia dos tratados de direitos humanos. Jurisdição interamericana. Cumprimento de suas decisões no Brasil.

ABSTRACT After making brief study of how national jurisdiction has been incorporating the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, this paper will reject the needlessness of prior domestic legislation for the purpose of allowing the enforceability of the judgment rendered by the court. Contributed for that we can point these causes: the block of constitutionality that are part treaties regarding human rights and the fact that the acceptance of its jurisdiction occurred before EC/45, when it came to predicting the rite that human rights treaties should notice to be received with force constitutional rule.

Keywords: Hierarchy of human rights treaties. Inter-American jurisdiction. Compliance with its decisions in Brazil.

Introdução

A partir de um universo jurídico voltado à proteção do homem, no sentido de preservação de sua dignidade, e a existência de normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, as Constituições só

---

[102] Mestranda no Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Curso Constituição e Sociedade. Especialização em Processo Civil, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público e pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialização em "Globalização, Justiça e Segurança Humana", pela Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU. Advogada da União. Ex-advogada da Caixa Econômica Federal.

podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

O Constitucionalismo global, de uma forma sintética, procura o alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbbesiano/westfaliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados), com tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Nesse sentido, os Estados passaram a prever inúmeros mecanismos de garantir a observância dos tratados humanos internacionais e a efetivação desses direitos. A tendência contemporânea do constitucionalismo mundial se inclina no sentido de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como paradigma de toda e qualquer ação estatal (art. 1º, III, CRFB/88). Por sua vez, o art. 4º da Constituição, no seu inciso II, prevê que, dentre os vários princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, está a prevalência dos direitos humanos.

Prosseguindo o estudo sobre o nosso texto constitucional, e analisando o preâmbulo da Constituição (sobre o qual se discute a respeito de eventual juridicidade, o que não será objeto do artigo, mas que será tratado brevemente a seguir, em precedente do Conselho Constitucional da França), vem estabelecer o comprometimento do Estado brasileiro "*na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*."

Já o §2º do art. 5º da Constituição, não de menor importância, vem preceituar que os direitos e garantias expressos nesse documento não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, abrindo, por mais uma vez, espaço para a tese do bloco de constitucionalidade.

Reconhecendo, ademais, expressamente a Constituição brasileira a competência de um tribunal internacional dos direitos humanos, o art. 7º do ADCT preceitua que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Assim, diante do bloco de constitucionalidade, também seria direito fundamental do jurisdicionado a efetivação das decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, como forma de proteção desses direitos.

Partindo-se dos ensinamentos do sociólogo Pierre Bourdieu[103], do risco da violência simbólica na aceitação de comportamentos e justificação de domínios, inclusive com a conivência sobre eventual aniquilamento do que o homem deva ter preservado em sua essência, propõe-se a defesa dos direitos humanos e garantia de sua observância, ainda que seja pelo mecanismo de cumprimento de decisões internacionais. Assim, tem-se como norte a ideia de emancipação e superação dos mecanismos de violência simbólica. Nesse contexto, vem-se questionar a legitimidade dos direitos humanos-fundamentais, de igualdade essencial de todo o ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural, imposta por essa luta estratificadora de grupos.

Estudar direitos humanos é retirar os símbolos e buscar a essência, apesar do ser humano poder ser qualificado como um vir-a-ser, já que é moldado por todo um conjunto de valores, crenças e preconceitos tanto do passado como atual de sua coletividade.

Pela aparência de algo natural, a violência simbólica pode justificar usos violadores de direitos humanos pelo grupo a que o sujeito está inserido. A

---

[103] BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 15. Tradução: Fernando TOMAZ. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 2011.

Constituição brasileira assegurou a seu jurisdicionado a proteção e garantia de observância das decisões dos Tribunais Internacionais, o que deve ser encarado também como direito fundamental.

A questão que busca o artigo trabalhar vem ser, diante de toda a proteção constitucional no Brasil, assim como a regular incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê, para condenações pecuniárias, a executabilidade imediata de suas decisões, conforme regramento interno de execução contra a Fazenda Pública, se seria essencial a existência de lei interna específica que preveja essa sentença como título executivo.

2 Breves considerações sobre os tratados internacionais de direitos humanos:

Ponto de partida, ao tratarmos da matéria, deve ser a busca pela classificação do que seriam direitos humanos. Enquanto os direitos humanos corresponderiam valores superiores mínimos a serem alcançados, pelos Estados, na proteção do homem, estando associados à ideia de dignidade da pessoa humana, não observando fronteiras entre os Estados, mas alçados ao patamar de proteção do Direito Internacional Público, os direitos fundamentais seriam aqueles valores já positivados, no âmbito de cada ordenamento, estabelecendo limites à atuação destes. Nesse sentido, os direitos humanos seriam transfronteiriços, enquanto os fundamentais aqueles positivados pelas Cartas de cada Estado[104].

Importante se aperceber que a Constituição Federal utilizou esse critério técnico, ao empregar a expressão "direitos fundamentais" para as normas internas (art. 5º, §1º, da CRFB), enquanto "direitos humanos" para se referir às normas internacionais de proteção da pessoa humana (art. 5º, §3º, da CRFB). Já, quando a Constituição quer se referir indistintamente aos direitos

[104] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 479.

constitucionais e aos direitos internacionais, não faz qualquer menção às expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, silenciando no emprego ostensivo de uma ou de outra (art. 5º, §2º, da CRFB). [105]

Tendo abrangência maior que os direitos fundamentais, os direitos humanos podem ser vindicados indistintamente por todo e qualquer cidadão do planeta e em quaisquer condições, se fundamentando no valor que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência.

Diante desse caráter transnacional dos direitos humanos, que suplanta as fronteiras entre os Estados e dispensa o seu reconhecimento formal para a observância pelos próprios Estados, não estando preso, por isso, ao critério da reciprocidade, defende-se a necessidade, para a consecução desse objetivo, que seja conferida aos indivíduos a personalidade jurídica internacional. Assim, ao tratarmos desses direitos, devemos reconceitualizar a soberania externa, que não deve ser encarada pelo ângulo dos Estados, mas da “autonomia dos povos”.

Como nos ensina o jurista André de Carvalho Ramos[106]:

> Por isso, afirmamos que os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para a troca recíproca de benefícios entre os Estados contratantes. Seu objetivo é a *proteção dos direitos humanos*, independentemente da nacionalidade, gerando para isso uma *ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo.*
>
> Na superação do princípio da reciprocidade na elaboração de convenções de direitos humanos é necessário sempre recordar o papel do Direito Internacional Humano, que contribui para a instauração de um sistema no qual a obrigação era exigida do Estado, não importando a conduta ilícita do outro Estado-parte do tratado.

José Gomes Canotilho, por sua vez, ao defender a tese do constitucionalismo global, estabelece, de forma sintética, os seguintes traços

---

[105] *Ibidem,* p. 479-481.

[106] RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29.

caracterizadores, merecendo destaque a elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos[107]:

> Tentemos aceitar as sugestões do chamado constitucionalismo global. O que ele nos propõe? Quais são os seus princípios e as suas regras? De uma forma sintética, os traços caracterizadores deste novo paradigma emergente são os seguintes: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbbesiano/westfaliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais, progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Assim, no que diz respeito aos direitos humanos, deve ser abandonado o clássico paradigma das relações horizontais entre os Estados, assentando-se no paradigma da relação entre Estado/povo, em observância a um *jus cogens* internacional, materialmente informado por valores, princípios e regras universais.

3 Jurisdição interamericana:

Há quatro diplomas normativos principais que compõem o chamado "sistema interamericano de direitos humanos": a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta de Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), e também o Protocolo de San Salvador, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969, no seio da Conferência Especializada de Direitos

---

[107] CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 13.

Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), restou incorporada definitivamente, no Brasil, pelo Decreto- Legislativo nº 27, em 1992, enquanto a data de incorporação do sistema interamericano de justiça no ordenamento interno somente se deu em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, tendo encaminhado o Brasil nota ao Secretário-Geral da OEA, no dia 10 de dezembro de 1998, reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal reconhecimento foi promulgado, internamente, pelo Decreto 4.463 de oito de novembro de 2002.

O tratado conhecido como Pacto de São José da Costa Rica é dotado da seguinte importância: (a) abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; (b) catálogo de direitos civis e políticos; (c) estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, contando com uma Corte de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica[108].

O sistema interamericano jurisdicional de tutela de direitos humanos é formado pela Comissão Interamericana mais a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão interamericana, nos termos do art. 41 da Convenção Americana, além de desempenhar a função primordial de promotora da observância e proteção de dos direitos humanos na América, submete à apreciação da Corte Interamericana casos de violação dos direitos humanos perpetrados pelos Estados partes[109].

---

[108] RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Texto sugerido como de literatura base na disciplina Direito Constitucional Internacional, ministrada pelo professor Doutor Márcio P. P. Garcia, no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP.

[109] É de se notar que a Comissão Interamericana foi criada antes da Convenção Interamericana, na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, celebrada em Santiago do Chile em 1959, que adotou importantes resoluções relativas ao desenvolvimento e fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos.

Nessa reunião, na Parte I da Resolução, se encomendou ao Conselho Interamericano de Jurisconsultos a elaboração de um projeto de Convenção sobre direitos humanos, bem como a criação de uma Corte Interamericana de Proteção de Direitos Humanos e de outros órgãos adequados para a tutela e observância dos mesmos. A Comissão, então, era órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos- OEA, regida inicialmente por seus estatutos, qualificada como entidade autônoma, representativa de todos os estados-membros da OEA, com a função

Finalmente, com a elaboração e aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, a Corte Interamericana foi escolhida como órgão internacional de investigação, conciliação e persecução em juízo de alegadas violações aos direitos humanos protegidos também no sistema da Convenção.

A Corte Interamericana de direitos humanos, nos termos do art. 64 da Convenção Americana sobre direitos humanos, possui tanto atribuição consultiva, para todos os Estados membros da OEA e órgãos de organização, como contenciosa, para exclusivamente aqueles que aceitaram a competência contenciosa da Corte, conforme o que dispõe o art. 62 da mesma Convenção.

A Corte pode adotar qualquer conduta de reparação e garantia do direito violado, inclusive a mensuração pecuniária da indenização. Ademais, quando a Corte decidir pela responsabilidade do Estado, determinará que se assegure o gozo do seu direito ou liberdade violados (art. 63 da Convenção).

O art. 46 da Convenção prevê os pressupostos de admissibilidade do direito de petição junto à Corte, quais sejam: *i)* utilização e exaustão das medidas judiciais disponibilizadas na normativa e jurisdição doméstica; *ii)* que seja apresentada dentro de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; *iii)* ausência de litispendência internacional acerca do assunto objeto da petição; *iv)* apontamento da qualificação jurídica e aposição de assinatura da pessoa, grupo de pessoas ou de seu respectivo representante legal junto à petição. Prevê, também, a Convenção, porém, exceções aos pressupostos "i" e "ii" quando: *(i)* não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenha sido violados; *(ii)* não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele

---

de atuar em nome dessa organização, estabelecendo-se que os direitos humanos tutelados pela Comissão seriam aqueles consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

impedido de esgotá-los; *(iii)* houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Diversamente do sistema europeu, não é reconhecido o direito postulatório das supostas vítimas, seus familiares ou organizações não governamentais junto à Corte Interamericana. Somente a Comissão e os Estados-Partes têm legitimidade para a apresentação de demandas junto a Corte. Desse modo, qualquer indivíduo que pretenda submeter denúncia à apreciação da Corte, deve, necessariamente, apresentá-la à Comissão Interamericana[110].

Como casos emblemáticos de julgamento da Corte Interamericana, temos os seguintes precedentes, Nicholas Blake e Ivcher Bronstein, que reafirmam a jurisdição da Corte.

Pelo primeiro, Nicholas Blake[111], a Corte veio entender que, apesar de a violação à Convenção e aos direitos humanos ter sido anterior ao reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa por parte da Guatemala, por se tratar de desaparecimento forçado, seus efeitos podiam se estender de maneira contínua e permanente até o momento que seja estabelecido o destino ou o paradeiro da vítima. Verifica-se que o mesmo entendimento restou aplicado recentemente na condenação do Brasil, para os crimes praticados pelos agentes de Estado, no período da ditadura.

Pelo outro caso, Ivcher Bronstein, julgado pela Corte Interamericana, o Estado peruano, arbitrariamente, privou o Senhor Ivcher da sua nacionalidade

---

[110] Contudo, avanços vêm sendo feitos a partir do ano de 1996, com a inovação trazida pelo art. 23 do III Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela Corte em seu XXIV Período Ordinário de Sessões, realizado de 9 a 20 de setembro de 1996, quando se ampliou a possibilidade de participação do indivíduo no processo, autorizando que os representantes e familiares da vítima apresentassem de forma autônoma, suas próprias alegações de provas durante a etapa de discussão sobre as reparações devidas.
Em direção ao pleito da capacidade internacional da pessoa no que diz respeito aos direitos humanos, pelo IV Regulamento, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009, em seu art. 25, também é possível que as vítimas, seus representantes e familiares não só ofereçam suas próprias peças de argumentação e provas em todas as etapas do procedimento, como também fazer uso da palavra durante as audiências públicas celebradas, ostentando, assim, a condição de verdadeiras partes no processo.

[111] Jornalista, sequestrado e assassinado por agentes do Estado da Guatemala, em 28 de março de 1985.

peruana, como um meio de lhe suprimir a liberdade de expressão, uma vez ser requisito indispensável para ser proprietário de ações de empresas concessionárias de canais televisivos.

Após comunicada a Comissão, que aprovou o Relatório n. 94/98 concluindo pelo ato arbitrário do Estado peruano, o Peru apresentou, em 9 de julho de 1999, mediante nota de 16 de julho de 1999, recebida na Secretaria da Corte, em 27 do mesmo mês e ano, um instrumento no qual comunicava a retirada da sua declaração de reconhecimento da cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte.

O julgamento da Corte foi no sentido de entender que a aceitação de sua competência contenciosa, nos termos do art. 62.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seria cláusula pétrea, que não admite limitações, dada a sua fundamental importância para a operação do sistema de proteção da Convenção. Ademais, a Convenção Americana seria clara ao prever a denúncia “desta Convenção” (art. 78) e não a denúncia ou “a retirada” de partes ou cláusulas da mesma, pois esta última afetaria a sua integridade. Como estipula a cláusula, os Estados-Partes poderão denunciar a Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes. Tal denúncia, porém, não teria o efeito de desligar o Estado-Parte interessado das obrigações contidas na Convenção no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produziu efeito.

Por fim, decidiu a Corte que, mesmo na hipótese de que fosse possível tal “retirada” – hipótese rejeitada– esta não poderia por nenhum modo produzir “efeitos imediatos”. Isso porque o artigo 56.2 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estipularia um prazo de antecedência de “pelo menos, doze meses”, para a notificação, por um Estado-parte, da sua intenção de denunciar um tratado ou retirar-se dele, com o propósito de proteger os interesses das outras Partes no tratado. A obrigação internacional em questão,

mesmo que tenha sido contraída por meio de uma declaração unilateral, tem caráter vinculativo; o Estado fica sujeito "a seguir uma linha de conduta consistente com sua declaração" e os demais Estados-partes, estão habilitados a exigir que seja cumprida.

4 A hierarquia dos tratados de direitos humanos:

Ao estudarmos a relação do Direito Internacional com o sistema jurídico pátrio, imprescindível se mostra o estudo do Direito Constitucional, que nos revela de qual forma é incorporado aquele direito ao sistema, assim como que tipo hierarquia se estabelece entre leis e tratados, a depender da adoção do modelo dualista ou monista de Estado.

Como menciona o Ministro Gilmar Mendes, em seu artigo "A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais"[112]:

> Não se ignora, por outro lado, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

Assim, a partir de um universo jurídico voltado à proteção do homem, no sentido de preservação de sua dignidade, e a existência de normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, as Constituições só podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o direito internacional do direito constitucional.

---

[112] MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. Direito Público nº 8. Abr-Maio- Jun/2005- Doutrina Brasileira, p. 66. Palestra ministrada no curso de verão da Universidade de Direito de Coimbra, Portugal, em 15 de julho de 2004 e texto básico de conferência no II Congresso Mundial de Direito Processual- O Poder Judiciário diante da Globalização e do Avanço da Tecnologia da Informação- Impactos e Perspectivas, realizada em Recife/PE, em 19 de maio de 2005.

A Constituição de 1988 prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como paradigma de toda e qualquer ação estatal (art. 1º, III, CRFB/88). Sendo um atributo intrínseco da pessoa humana, seria conceito essencial para se compreender o sentido dos direitos humanos.

Por sua vez, o art. 4º da Constituição, no seu inciso II, prevê que, dentre os vários princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, está a prevalência dos direitos humanos.

E, ao tratarmos das normas constitucionais, não podemos perder de vista que, nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou verdadeiramente força normativa e efetividade, deixando de serem percebidas como integrantes de um documento político, como mera convocação à atuação do Legislativo e Executivo, e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, convertendo-se os direitos constitucionais, em geral, e os direitos sociais, em particular, em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Prosseguindo o estudo sobre o nosso texto constitucional, e analisando o preâmbulo da Constituição (sobre o qual se discute a respeito de eventual juridicidade, o que não será objeto do artigo, mas que será tratado brevemente a seguir, em precedente do Conselho Constitucional da França), vem estabelecer o comprometimento do Estado brasileiro "*na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*."

Já o §2º do art. 5º da Constituição, não de menor importância, vem preceituar que os direitos e garantias expressos nesse documento não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, abrindo, por mais uma vez, espaço para a tese do bloco de constitucionalidade.

Reconhecendo, ademais, expressamente a Constituição brasileira a competência de um tribunal internacional dos direitos humanos, o art. 7º do ADCT preceitua que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Por fim, com a reforma operada pela EC 45/2004, que incorporou ao texto constitucional a norma prevista pelo §3º do art. 5º da CRFB/88, passou-se a se prever que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Os doutrinadores já muito discutiram acerca da necessidade da norma prevista pelo §3º do art. 5º da CRFB/88, isso por ser forte a corrente de que as normas constitucionais acima elencadas já dariam a esses direitos humanos a força de norma constitucional.

Partindo dos fundamentos acima, poderíamos chegar ao entendimento de que as normas da Constituição de 1988 incorporariam a teoria do bloco de constitucionalidade das normas de direitos humanos, que passariam a ter status de direitos fundamentais.

Pela teoria do bloco de constitucionalidade, não somente as normas formalmente constitucionais gozariam dessa hierarquia, mas também aquelas que versassem sobre matéria constitucional. A teoria tem origem na França, sendo tratada como grande precedente a decisão do Conselho Constitucional da França, de 16 de julho de 1971, que estabeleceu as bases do valor jurídico do Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946, que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais. O bloco de constitucionalidade, nesse sentido, representa fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana.[113]

Contudo, é fato que, desde a promulgação da Constituição, surgiram diversas interpretações que consagram um tratamento diferenciado aos tratados e convenções relativos aos direitos humanos em razão do disposto no §2º do art. 5º. Nesse sentido, vislumbramos as seguintes teses acerca do modo

---

[113] Sobre a matéria, FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel. 6ª edição. Paris: Sirey, 1991.

de incorporação dos tratados de direitos humanos e quanto ao status jurídico aplicável a tais diplomas normativos internacionais em razão do sistema constitucional brasileiro[114].

Por uma primeira corrente[115], os tratados de direitos humanos, como qualquer outro, teria *status* equivalente a leis ordinárias. Alguns defensores dessa tese, por sua vez, afirmam ainda que os tratados de direitos humanos, por equivalerem a leis especiais, derrogariam leis infraconstitucionais gerais (adotada pela maioria dos Ministros do STF, no julgamento do HC nº 72.131/RJ).

O segundo posicionamento, por sua vez, vem ser no sentido de que os tratados e convenções de direitos humanos, diferentemente dos outros atos normativos internacionais, seriam infraconstitucionais, mas adotados de um atributo da supralegalidade. Parecendo se inclinar a favor dessa tese, o Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ[116]:

A terceira corrente[117], por sua vez, vem entender que os tratados de direitos humanos possuem estatura constitucional, vislumbrando o art. 5º, §2º, da Constituição como cláusula aberta de recepção de outros direitos. Posiciona-se a corrente que eventuais antinomias entre o disposto internacionalmente e constitucionalmente deveria ser resolvida pela aplicação de norma mais favorável ao indivíduo.

---

[114] Sobre a matéria, MENDES, Gilmar, *Op. cit.*

[115] Essa teoria foi adotada no Brasil a partir da manifestação do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Especial nº 80.004/SE, tendo por Ministro Relator Xavier de Albuquerque.

[116]. STF. RHC 79.785/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29/03/2000, DJ 22-11-2002, pp 057.

[117] Defensor da corrente, Antônio Augusto Cançado Trindade. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. Na mesma linha de raciocínio, Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: Temas de Direitos Humanos. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. Também Celso Lafer. LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

Por fim, para uma quarta e última corrente[118], alguns ou todos os tratados de direitos humanos possuiriam *status* supraconstitucional no caso de consagrarem normas mais benéficas.

Também, interessante se faz a leitura do voto do Ministro Celso de Albuquerque Mello, no julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, Relator Ministro Marco Aurélio, quando se julgou a respeito da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, vindo a entender o STF que a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel[119]. Nesse julgamento, o Ministro Celso de Mello, em voto robusto e vencido, se manifestou sobre o processo crescente de internacionalização dos direitos humanos, e a necessidade do Judiciário atuar como garante da supremacia constitucional e na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Adotando essa filosofia, veio manifestar posicionamento no sentido de que os tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil ou aos quais o nosso País aderiu, regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988, teriam índole constitucional, por terem sido formalmente recebidas nessa condição pelo §2º do art. 5º da Constituição. Já os tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil, ou aos quais o nosso País venha a aderir, em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter"

---

[118] Nesse sentido, Celso Mello. MELLO, Celso. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Também Hildebrando Accioly. ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[119] "DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel." (STF, HC 87.585/TO, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 03/12/2008, Tribunal Pleno, DJE 118, divulg 25-06-2009, public 26-06-2009, ement vol 02366-02, pp 00237)

procedimental estabelecido pelo §3º do art. 5º da Constituição. Por fim, os tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil, ou aos quais o nosso País aderiu, entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que seria a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

Situando, especificamente, a data de incorporação do sistema interamericano de justiça no ordenamento interno, importa mencionar que, apesar de a Corte Interamericana ter sido uma proposta da Delegação do Brasil durante a IX Conferência Internacional Americana em Bogotá, no ano de 1948, adotada como XXI Resolução daquela conferência, somente foi incorporada em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, tendo sido a Convenção Americana, por sua vez, incorporada em 1992, pelo Decreto-Legislativo n. 27.

Nesse sentir, se adotarmos os marcos estabelecidos pelo Ministro Celso de Albuquerque Mello em seu voto, seguindo a lição, como próprio menciona, de Antônio Augusto de Cançado Trindade[120],Flavia Piovesan[121], dentre outros, pelo fato de o Brasil ter aderido ao tratado entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004, teria um caráter materialmente constitucional, tendo sido transmitida essa qualificada hierarquia jurídica por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

5 Cumprimento pelo Brasil das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

---

[120] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I/513, item n. 13, 2ª Ed., Fabris, 2003.
[121] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Por sua vez, interessa, ao presente trabalho, analisar a que título vem o Brasil incorporando as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a possibilidade de existência de divergência de posicionamento entre a Corte Interamericana e o STF.

Analisando o texto da Convenção Americana, o seu art. 68, em seu parágrafo único, remete a execução da parte indenizatória da sentença da Corte às regras de execução de sentenças nacionais contra o Estado.

Na Legislação interna, temos regras claras de execução de sentenças nacionais contra o Estado, não só prevista no art. 100 da Constituição, regime de precatórios, como nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Também não seria cabível se falar no regime de homologação de sentença estrangeira, previsto na antigamente chamada de Lei de Introdução ao Código Civil- LICC, cujo nome restou alterado, pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB, decreto-lei nº 4.657/1942, art. 15, como no art. 105, I, "i", introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a ser feita agora pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a consequência de colocarmos os Tribunais internacionais no mesmo nível dos órgãos internos dos Estados.

Todavia, filiando-se ao entendimento da necessidade de lei interna para a incorporação das decisões das Cortes internacionais, tramitou-se o Projeto de Lei nº 3.214/2000, hoje arquivado, cujo substitutivo cometia o equívoco de prever a necessidade da homologação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos em que o Brasil fosse parte pelo Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, tramita o Projeto de Lei nº 4.667/2004[122], dispondo sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos

[122]Projeto de Lei nº 4.667/2004:
Art. 1º. As decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência foi reconhecida pelo Estado Brasileiro produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro.
Art. 2º. Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal.

Direitos Humanos, e não somente da Corte Interamericana, como no projeto anterior, prevendo como produção de efeito imediato da decisão proferida pela Corte Internacional a formação de título executivo judicial, quando indenizatória, e não mais específico à Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas abrangendo todos os organismos internacionais de proteção de direitos humanos.

Prevê também que será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.

Na justificativa do projeto, consta que, apesar da ratificação do Brasil, com o reconhecimento das Cortes Internacionais, as decisões dessas instâncias não estariam sendo respeitadas no Brasil, pois, apesar de o Executivo manifestar interesse no cumprimento das decisões dos organismos de proteção, seja no âmbito regional ou global, alegaria a inexistência de legislação ordinária nacional destinada a disciplinar a matéria. Nesse sentido:

> O intuito deste projeto de lei é sanar as lacunas jurídicas entre a jurisdição dos organismos estabelecidos no âmbito da ONU e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisdição nacional. Não é possível admitir-se que, mesmo depois da ratificação, o Brasil ainda não implemente as decisões e recomendações dessas instâncias. Hoje existem dezenas de casos brasileiros que estão sendo apreciados pela CIDH e, em breve, certamente, existirão outros que serão decididos no âmbito da Corte Interamericana. Ressalta-se que somente são apreciados no âmbito dessas instâncias internacionais, os casos extremamente graves de violações dos direitos humanos que tenham ficado impunes embora já tramitado nas vias internas.
> Através deste projeto de lei, queremos também permitir que a União assuma a responsabilidade pelo pagamento das indenizações quando assim for decidido pelos organismos podendo, no entanto, intentar ação regressiva contra o Estado

---

§1º. O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros estabelecidos pelos organismos internacionais.
§2º O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia.
Art. 3º. Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, provadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.
Art. 4. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

> da Federação, pessoa jurídica ou física que tenha sido responsável pelos danos causados à vítima. Desta forma, é um projeto que aperfeiçoa a vigência e eficácia jurídica do sistema global e regional de proteção aos direitos humanos na jurisdição brasileira.

Contudo, a grande questão é que as decisões, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda vêm sendo cumpridas, na medida do possível, e com o entendimento de inexistência de sua executoriedade, pelo Brasil, sendo a hipótese mais grave e evidente da crise o “Caso Gomes Lund e outros”, referente à guerrilha do Araguaia, em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou em um sentido e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em outro, oposto.

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153/DF, veio se posicionar pela constitucionalidade da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979); por sua vez, a decisão da Corte condenou o Brasil e impôs inúmeras obrigações, declarando, inclusive, a incompatibilidade da Lei da Anistia naquilo que impede a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu a sua análise e apreciação considerando que não houve resposta do Estado brasileiro quanto ao pedido dos familiares dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia. Em 07 de agosto de 1995, o CEJIL (Centro pela Justiça de Direito Internacional) foi procurado pelos familiares dos desaparecidos no Araguaia, tendo havido uma denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Sustentou o Brasil, dentre outras coisas, que, como havia ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, os casos de tortura e execução de pessoas só poderiam ser analisados se ocorressem a partir daquela data. Entendeu a Corte, contudo, que os fatos envolvendo o desaparecimento forçado das pessoas constituem-se em espécie de sequestro e, como tal, sua consumação se propala no tempo, sendo um crime permanente, o mesmo entendimento já apresentado para o caso Nicholas Blake.

Entendendo pela responsabilidade do Estado brasileiro, assentou a Corte que as disposições da Lei da Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos seriam incompatíveis com a Convenção Americana, carecendo de efeitos jurídicos[123].

Contudo, como já afirmado, diametralmente oposta foi a posição do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamento nº 183[124], conforme notícia publicada em sua própria página eletrônica, em 29.04.2010[125]:

> STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. "Só o homem perdoa, só uma sociedade superior qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade é capaz de perdoar. Porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que os seus inimigos é capaz de sobreviver." A afirmação é do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, último a votar no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) em que a Corte rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão na Lei

---

[123] Nesse sentido, foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao condenar o Estado brasileiro, que cumprisse, em relação aos aspectos penais, com as seguintes determinações: o Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos a fim de esclarecê-los; determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja; o Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; o Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido; o Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da Sentença; o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso; o Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos da Forças Armadas; o Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos e, enquanto cumpre com essa medida, deve adotar todas aquelas ações que garantem o efetivo julgamento,e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno; o Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar. Por fim, foi asseverado que a Corte supervisionará o cumprimento integral da Sentença no exercício de suas atribuições e em cumprimento dos seus deveres em conformidade com o estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[124] BRASIL. STF. ADPF 153 / DF. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento em 29/04/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe 145. Divulg. 05-08-2010. Public. 06-08-2010. Ement vol 02409-01. PP 00001. RTJ vol 00216, PP 00011.

[125] Notícias STF - Quinta-feira, 29 de abril de 2010<site.www.stf.gov.br>

da Anistia (Lei nº 6683/79). A Ordem pretendia que a Suprema Corte anulasse o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2. O voto vencedor foi do ministro Eros Grau, relator do processo. Ontem, ele fez uma minuciosa reconstituição histórica e política das circunstâncias que levaram à edição da Lei da Anistia e ressaltou que não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Além do ministro Eros Grau, posicionaram-se dessa maneira as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve "caráter amplo, geral e irrestrito", os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão. O último voto proferido foi o do presidente da Corte, ministro Cezar Peluso. Ele iniciou dizendo que nenhum ministro tem dúvida sobre a "profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos – não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Contudo, a ADPF não tratava da reprovação ética dessas práticas, de acordo com Peluso. A ação apenas propunha a avaliação do artigo 1º (parágrafos 1º e 2º) da Lei de Anistia e da sua compatibilidade com a Constituição de 1988. Ele avaliou que a anistia aos crimes políticos é, sim, estendida aos crimes "conexos", como diz a lei, e esses crimes são de qualquer ordem. Para o presidente da Corte, a Lei de Anistia transcende o campo dos crimes políticos ou praticados por motivação política. Peluso destacou seis pontos que justificaram o seu voto pela improcedência da ação. O primeiro deles é que a interpretação da anistia é de sentido amplo e de generosidade, e não restrito. Em segundo lugar, ele avaliou que a norma em xeque não ofende o princípio da igualdade porque abrange crimes do regime contra os opositores tanto quanto os cometidos pelos opositores contra o regime. Em terceiro lugar, Peluso considerou que a ação não trata do chamado "direito à verdade histórica", porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia. Ele também, em quarto lugar, frisou que a lei de anistia é fruto de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo. Em quinto lugar, ele disse que não se trata de caso de autoanistia, como acusava a OAB, porque a lei é fruto de um acordo feito no âmbito do Legislativo. Finalmente, Peluso classificou a demanda da OAB de imprópria e estéril porque, caso a ADPF fosse julgada

> procedente, ainda assim não haveria repercussão de ordem prática, já que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas 31 anos depois de sancionada a lei. Peluso rechaçou a ideia de que a Lei de Anistia tenha obscuridades, como sugere a OAB na ADPF. "O que no fundo motiva essa ação [da OAB] é exatamente a percepção da clareza da lei." Ele explicou que a prova disso é que a OAB pede exatamente a declaração do Supremo em sentido contrário ao texto da lei, para anular a anistia aos agentes do Estado. Sobre a OAB, aliás, ele classificou como anacrônica a sua proposição e disse não entender por que a Ordem, 30 anos depois de exercer papel decisivo na aprovação da Lei de Anistia, revê seu próprio juízo e refaz seu pensamento "numa consciência tardia de que essa norma não corresponde à ordem constitucional vigente". Ao finalizar, Peluso comentou que "se é verdade que cada povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia". O presidente do Supremo declarou, ainda, que "uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico".

Interessante se faz a leitura das declarações dos Ministros do Supremo em jornais de grande circulação, após a publicação da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São declarações do Ministro Cezar Peluso- *"Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo".* Também veio declarar o Ministro Marco Aurélio- "*É uma decisão que pode surtir efeito no campo moral, mas não implica cassação à decisão do STF*." Por sua vez, Carlos Ayres Brito, como voto vencido no julgamento da Lei da Anistia- - *"Isso é uma saia justa."*[126]

Por sua vez, o Parecer da Advocacia-Geral da União, apresentado na ADPF 153, vai no sentido de que houve anistia ampla e irrestrita a todos os opositores do regime militar instalado, bem como aos agentes do regime que tenham praticado crimes contra esses opositores. Entendeu-se que teriam cometido crimes conexos aos crimes políticos cometidos pelos opositores do regime.

[126] FELIPE RECONDO - Agência Estado, em 15 de dezembro de 2010.

Em tendo sido prolatada a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos posteriormente a do STF, contudo não transitada em julgado, apresentou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil embargos de declaração, por suposta omissão do acórdão do Pleno do STF que reconheceu a constitucionalidade da Lei da Anistia, ainda não julgado, estando com a relatoria do Ministro Fux.

Já, como exemplo de decisão de cumprimento, temos o Decreto nº 7.307, de 22 de setembro de 2010, em que, na época, o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva veio autorizar a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 23 de setembro de 2009, referente ao caso Sétimo Garibaldi, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos às vítimas ou a quem de direito couber, observadas as dotações orçamentárias. É conferir:

> DECRETO Nº 7.307, DE 22 DE SETEMBRO DE 2010.
> Autoriza a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.
> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no Decreto no 4.463, de 8 de novembro de 2002,
> DECRETA:
> Art. 1o Fica a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República autorizada a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 23 de setembro de 2009, referente ao caso Sétimo Garibaldi, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos às vítimas ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto, observadas as dotações orçamentárias.
> Art. 2o Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
> Brasília, 22 de setembro de 2010; 189o da Independência e 122o da República.
> LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Fato que a União, por intermédio da Secretaria de Direitos Humanos, vem cumprindo as obrigações internacionais naquilo que não colidem com a decisão do STF, tendo a União inclusive, para pagamento de obrigação indenizatória, onde haja pendência de processo de inventário, ou não

localização de familiares, ajuizado ação, de jurisdição voluntária, para cumprimento da obrigação internacional. Nesse sentido, teor de notícia divulgada na página eletrônica da Advocacia-Geral da União, em 27/07/2012[127]:

> AGU viabiliza pagamento de U$ 1.3 milhão em indenizações fixadas pela Corte Interamericana no caso da "Guerrilha do Araguaia"
>
> Data da publicação: 27/07/2012
>
> A Advocacia-Geral da União (AGU) ajuíza nesta sexta-feira (27/07) seis ações (Jurisdição Voluntária) para viabilizar o pagamento de indenizações fixadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em sentença sobre o caso Guerrilha do Araguaia. O Grupo de Atuação em Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União se prepara para protocolar mais 14. O valor das 20 ações alcança U$ 1.287.000,00. O objetivo é que a Justiça localize e indenize os herdeiros que têm direito a receber os valores.
>
> As primeiras seis ações são referentes a famílias que possuem ações de inventário abertas para discutir o direito de herança. Nestes casos, a Advocacia-Geral apresentará a soma de valores devidos para que também seja objeto de partilha. Já os 14 processos que ainda serão protocolados, tratam de casos nos quais serão necessário possibilitar a localização dos herdeiros.
>
> De acordo com Boni Soares, Diretor do Departamento Internacional da AGU, o U$ 1.3 milhão será utilizado para o pagamento aos herdeiros dos beneficiários falecidos. "Essa é mais uma iniciativa que demonstra o comprometimento do Brasil com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o respeito às decisões de sua Corte", ressaltou ao destacar que a atuação é uma parceria com a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) da Presidência da República que já procedeu ao pagamento dos valores daqueles que estão vivos. A dotação orçamentária para os pagamentos das ações por via judicial também sairá da SDH.
>
> O Brasil adotou a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir de seu reconhecimento, através do Decreto 89/98. Por esse motivo, as indenizações alcançam os beneficiários que tenham falecido após 10 de dezembro de 1998, por considerar a limitação de competência para apreciação de fatos ocorridos em momento anterior à data.

---

[127] Notícia extraída da página eletrônica http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=201169&id_site=3.

> A AGU explicou que o cumprimento da decisão decorre da obrigatoriedade do Estado signatário de concretizar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida das atribuições e competências constitucionais deferidas aos órgãos nacionais.

Também como faculdade inerente às funções jurisdicionais da Corte, essa vem exercendo a supervisão do cumprimento de suas decisões, não só sob o fundamento do art. 62 da Convenção Americana, como pelo fato que o art. 68.1. da Convenção Americana estipula que os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, sendo as suas sentenças dotadas de caráter definitivo e inapelável e, nos termos do art. 67 da Convenção, devem ser prontamente cumpridas pelo Estado de forma integral.

Por sua vez, a obrigação de cumprir o disposto nas decisões do Tribunal corresponderia a um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, respaldado pela jurisprudência internacional, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações internacionais de boa- fé (*pacta sunt servanda)*, preceituando o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que os Estados não podem, por motivo de ordem interna, deixar de assumir responsabilidade internacional já estabelecida.

Conclusão

Tomando por base a incorporação da Convenção Americana no ordenamento interno brasileiro, com força supralegal, ou mesmo constitucional, a depender da corrente, e o teor do art. 68, parágrafo 2º, da Convenção, que remete a executoriedade da sentença indenizatória proferida pela Corte contra o Estado ao processo interno vigente, seria dispensável a promulgação de lei prevendo a forma de cumprimento de decisão da Corte Interamericana de Justiça, até em razão do bloco de constitucionalidade a que fazem parte os tratados a respeito dos direitos humanos, sendo que a aceitação do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana se deu antes da EC/45, quando se passou a

prever o rito que os tratados de direitos humanos deveriam observar para serem recebidos com força de norma constitucional.

Não se desconhece que as decisões da Corte são dotadas de um forte caráter político. Contudo, a forma desse controle não pode ser pela discricionariedade em seu cumprimento ou não.

O artigo vem defender ser a executabilidade interna das decisões judiciais proferidas pela Corte Interamericana direito fundamental declarado pelo nosso sistema constitucional pátrio (art. art. 7º, ADCT, art. 5º, §2º c/c art. 1º, art. 4º, preâmbulo, da Constituição).

Também, como acima já dito, não caberia se falar em procedimento igual ao da homologação de sentença estrangeira, prevista no art. 105, I, i, da Constituição, às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com controle de violação ou não da ordem pública, sob consequência de reduzirmos o Tribunal internacional a um mero Tribunal estrangeiro.

Na prática, as decisões da Corte Interamericana vêm sendo incorporadas na medida do possível, pela União, por intermédio da Secretaria de Direitos Humanos.

Também é certo que muitos acordos vêm sendo realizados por intermédio da Comissão, com a finalidade de se evitar que cheguem demandas à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, o que se percebe, que, quanto a sua forma de cumprimento, e até mesmo alçada que o balize, não existe regramento interno.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 15. Tradução: Fernando TOMAZ. Rio de Janeiro, RJ: Bertrand Brasil, 2011.

CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel. 6ª edição. Paris: Sirey, 1991.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. Direito Público nº 8. Abr-Maio- Jun/2005- Doutrina Brasileira, p. 66. Palestra ministrada no curso de versão da Universidade de Direito de Coimbra, Portugal, em 15 de julho de 2004 e texto básico de conferência no II Congresso Mundial de Direito Processual- O Poder Judiciário diante da Globalização e do Avanço da Tecnologia da Informação- Impactos e Perspectivas, realizada em Recife/PE, em 19 de maio de 2005.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Conjuntura Internacional, Transformações do Estado, Realinhamento e Desubstancialização Constitucional. Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 18.01.2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

______. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: Temas de Direitos Humanos. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

______. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Texto sugerido como de literatura base na disciplina Direito Constitucional Internacional, ministrada pelo professor Doutor Márcio P. P. Garcia, no Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I/513, item n. 13, 2ª Ed., Fabris, 2003.

______. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: CONTRIBUIÇÕES PARA UM OLHAR DEMOCRÁTICO

Hugo Moreira Lima Sauaia[128]

RESUMO: Este artigo se propõe a contrapor a idéia de que o direito fundamental à privacidade serviria em uma sociedade democrática à omissão deliberada de fatos, propiciando a transmissão enganosa de informações e merecendo mínima proteção. Argumenta-se, diferentemente, que a privacidade é pressuposto ao alcance de um regime democrático de governo, onde haja proteção às liberdades individuais e coletivas, especialmente diante dos avanços tecnológicos atuais, e da complexidade do conceito de democracia. Aborda-se a evolução da noção de democracia e sua complexidade histórica; a noção de privacidade enquanto um direito fundamental e, por fim, propõe-se a compreensão da privacidade a partir de um viés democrático, o qual se conclui ser a interpretação que melhor se adéqua à Constituição da República de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: PRIVACIDADE – DEMOCRACIA – CONSTITUIÇÃO – DIREITO FUNDAMENTAL

ABSTRACT: This article opposes the idea that privacy as a fundamental right is used in a democratic society as a deliberate omittance of facts, allowing misleading transmission of information and therefore deserving weak protection. It is argued, differently, that privacy is a condition to achieving a democratic government, where there is protection to individual and collective liberties, especially when current technological advances and the complexity of a concept of democracy are considered. Democracy´s notion, its evolution and historic complexity are approached, and also the comprehension of privacy as a fundamental right. At the end this article proposes a view of privacy from a democratic perspective, concluding to be an interpretation that fits better into the Republican Constitution of 1988.

KEYWORDS: PRIVACY – DEMOCRACY – CONSTITUTION – FUNDAMENTAL RIGHT

Introdução

O direito fundamental à privacidade é frequentemente apontado como direito individual, de proteção contra a atividade intrusiva do Estado ou de

---

[128] Advogado em São Luís – MA e Brasília - DF, aluno especial do Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro do grupo de pesquisa e estudos Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania (IDP).

terceiros sobre as esferas mais íntimas da vida de um cidadão, atritando consequentemente com outros valores constitucionalmente protegidos, como o interesse público na obtenção de informações para a prevenção de atividades ilícitas, sejam elas fiscais, bancárias, profissionais ou meramente particulares.

Surge assim a compreensão, exposta aqui a partir de artigo do jurista Richard A. Posner[129], de que seria a privacidade um direito que mereceria, especialmente no âmbito da pessoa física, menor proteção, por servir de instrumento para a dissimulação, na medida em que o sujeito protegido somente permitiria a divulgação de informações que fossem convenientes, transmitindo ao outro, fosse este um futuro empregador, a outra parte em um contrato bilateral, ou um conhecido qualquer, relatos enganosos e parciais.

Adentra-se primeiramente a discussão da democracia e sua historicidade, fundamento maior da visão que se propõe seja adotada, em superação à privacidade vista sob este olhar pragmático, porém excessivamente individualista – na medida em que não considera as finalidades sociais da proteção da privacidade para a complexidade democrática – e egoísta – por perceber o direito como mero anteparo particular à exposição de fatos cuidadosamente selecionados para expor uma imagem irreal do sujeito.

Expõe-se uma noção de democracia enquanto um processo de formação histórica, complexo e dinâmico, que garante a todos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político, a qual se inicia com o direito à privacidade na livre reflexão e produção de idéias no espaço privado, livre de intromissões, ponderando-se sobre as dificuldades de consecução do ideário democrático e a atual crise de legitimidade pela qual passa este mundialmente.

---

[129] POSNER, Richard A.. **An economic theory of privacy.** Aei Journal On Government And Society. Washigton, p. 21. jun. 1978. Disponível em: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/ regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>.Acesso em: 30 out. 2013.

Atenta-se aos avanços tecnológicos que permitem o acesso, controle e divulgação de enorme quantidade de dados, antes impensáveis, e por meio de sua divulgação seletiva, praticada por governos e corporações, forçam a manutenção do *stablishment*, e o fortalecimento da violência simbólica mediante a subversão da privacidade dos usuários.

Por fim, propõe-se um olhar sobre o direito fundamental à privacidade que em consonância com a Constituição de 1988 esteja atento ao interesse público de sua proteção, como fundamento de proteção da igualdade e da liberdade em um regime democrático, superando-se a noção de privacidade enquanto um direito excessivamente individualista e que merecia menor proteção em um regime constitucional democrático.

2 A complexidade da noção de democracia.

Possível se encontrar, nas obras de autores e pensadores modernos, diversas concepções – carregadas de grande estímulo ou aterrador pessimismo – de democracia. São conhecidas desde a fórmula de Lincoln, para quem a democracia seria "governo do povo, pelo povo e para o povo", até a fórmula aparentemente contraposta, de Popper, para quem, "A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser".[130]

A origem mais frequentemente citada é a Grécia Antiga, mais precisamente Atenas, omitindo-se que a experiência de moldes democráticos - mesmo que tímida ou diversificada, também ocorrera em locais ainda mais longínquos do Oriente. Há notícias na Índia antiga de grandes assembléias populares, abertas, havendo a primeira se reunido quando da morte de Gautama Buda, no século VI a.C.[131]

A própria história do Oriente Médio e do povo mulçumano, ao invés de ser uma exceção, fora palco de diversos episódios de discussão pública e

---

[130] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, p.291-292, 2002.
[131] SEN, Amartya. **A idéia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, p.365, 2011.

participação política através do diálogo. Nos reinos mulçumanos localizados no Cairo, Bagdá, Istambul ou mesmo no Irã, havia forte corrente defensora da discussão pública, sendo o grau de tolerância da diversidade dos pontos de vista muitas vezes excepcional em relação à Europa, onde se queimava, em 1600, Giordano Bruno, acusado de heresia pelos seus escritos filosóficos - que defendiam o heliocentrismo de Copérnico em oposição ao geocentrismo -, enquanto em 1590 o grande imperador mongol Akbar fazia seus pronunciamentos na Índia sobre a necessidade de tolerância religiosa e política, providenciando ainda um diálogo ecumênico.[132]

Foi na Grécia antiga, todavia, que mesmo diante de uma sociedade divida entre cidadãos livres e escravos – escura mancha desta incipiente democracia – foram desenvolvidas as noções fundamentais ao ideário democrático: a isonomia, e isotimia e a isagoria.

A isonomia seria a igualdade de todos perante a lei. A isotimia a abolição dos títulos hereditários, se permitindo a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas. A isagoria, por sua vez, significava o direito assegurado a todos de exercer a palavra na Ágora, a grande praça das discussões políticas.[133]

Valores e instituições democráticas nunca estiveram grafados na pedra, de forma inflexível. Como outras invenções humanas a idéia de democracia mudou e evoluiu no tempo, estando no início relacionada com a participação em grandes assembléias públicas, onde homens livres – mulheres, escravos e estrangeiros eram normalmente excluídos – , tinham o poder de decidir sobre a vida da comunidade, retirando-se definitivamente este poder soberano de deuses imaginários, da aristocracia ou de tiranos.

Com a decadência do Império Romano, os esforços democratizantes cessaram na história do mundo antigo. Por aproximadamente quinze séculos os governos seguiram modelos oligárquicos e locais. Monarquias despóticas

---

[132] Op. Cit. p.365
[133] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros Editores, p.270-271, 1997.

estavam em toda parte, as mentes ativas tinham outras preocupações, as massas eram indiferentes, cansados estavam os homens, da política. O governo democrático havia sido tentado, e aparentemente havia falhado.[134]

A partir do século XIII a cidadania adquire dimensão de universalidade, com a ampliação de direitos, terminando por resultar no redimensionamento da *polis*, que passa a incluir a todos, porque cidadãos. Evolui-se assim para definir como princípio primário da democracia a soberania popular, segundo a qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra que todo poder emana do povo.

Outras noções surgem com igual importância, como o constitucionalismo e a democracia enquanto regime garantidor da proteção aos direitos fundamentais do homem, passando a constituição de um país a exprimir as escolhas políticas inarredáveis, e a expressar direitos fundamentais, agora positivados, além de definir a estrutura do estado e governo.[135]

Neste momento já é perceptível assim, modernamente, o quanto a noção de democracia está sempre suscetível ao momento histórico. Valores e técnicas são agregadas ou suprimidas, na medida em que passem a ser compreendidas enquanto beneficiadoras da noção basilar de poder que emana do povo.

Concretiza-se cada vez mais um conceito extremamente complexo, e historicamente variável, que detém sutilezas particulares de cada país, expressadas de formas diversas em diferentes constituições, em qualquer um dos cinco continentes.

---

[134] BRYCE, Viscount James. **Modern Democracies.** New York: Macmillan, 1921. 2 v. Disponível em: <tyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php?title=2084&chapter=158630&layout=html&Itemid=27>. Acesso em: 14 dez. 2013.

[135] VILANI, Cristina et al. **Democracia antiga e democracia moderna.** Cadernos de História, Belo Horizonte, p.37-42, out. 1997. Mensal. Ed. Puc Minas.

Neste sentido cita Haberle como clássica a definição de democracia, complexamente considerada, tendo por fonte decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao afirmar, que:

> [...] Podemos assim definir a ordem fundamental liberal-democrática como um ordenamento que representa, mediante a exclusão de todo e qualquer governo fundado na violência e no arbítrio, um sistema de governo comprometido com o Estado de Direito e fundamentado na autodeterminação do povo em conformidade com a vontade da respectiva maioria e a liberdade e igualdade.[136]

O tribunal introduz a noção de que a democracia teria como marca a exclusão de qualquer governo fundado na violência e no arbítrio, e coloca a lei em patamar elevado, ao se referir ao Estado de Direito, dando igual importância à autodeterminação em conformidade com a maioria, a liberdade e a igualdade.

Prossegue o autor, citando a decisão no trecho que elenca os princípios fundamentais ao regime democrático, o qual intitula de liberal-democrático:

> Devem-se incluir entre os princípios fundamentais desse ordenamento ao menos os seguintes: o respeito pelos direitos humanos fundamentais concretizados na Lei Fundamental, sobretudo pelo direito da personalidade à vida e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a soberania popular, a divisão dos poderes, a responsabilidade do governo, a legalidade da administração pública, a independência dos tribunais, o princípio da pluralidade partidária e a igualdade de oportunidades para todos os partidos políticos com o direito à formação e ao exercício da oposição no âmbito da constituição.[137]

Agora são incluídos os direitos humanos fundamentais concretizados na constituição (lei fundamental), a pluralidade partidária, a igualdade de oportunidades, o exercício da oposição, a divisão de poderes, e outros tantos

---

[136] HABERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista: seu nexo interno**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.13, 2007.
[137] Op. Cit. p.13

requisitos, que multiplicam exponencialmente a complexidade da noção de democracia, que passa a abranger diversos valores somente definíveis em certa particularidade histórica.

Parece assim coerente a compreensão da democracia enquanto um processo dinâmico, de continuidade transpessoal, porque não vinculável ou redutível a determinada pessoa, sendo, de outro lado, um processo inerente a uma sociedade aberta e ativa, que ofereça aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político, em condição de igualdade econômica, política e social.[138]

Inolvidável, neste ponto, a advertência sobre os riscos de inexequibilidade, que se aplicam tanto à democracia, quanto aos direitos humanos, de que:

> [...] De certo, para empenhar-se na criação dessas condições, é preciso que se esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável; mas não basta essa convicção para que aquelas condições se efetivem. Muitas dessas condições (e passo assim ao terceiro tema) não dependem da boa vontade nem mesmo dos governantes, e dependem menos ainda das boas razões adotadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos: somente a transformação industrial num país, por exemplo, torna possível a proteção dos direitos ligados às relações de trabalho. **Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade.**[139] (**grifos nossos**)

Vislumbra-se a difícil definição dos limites de abrangência do valor democrático, que preso inicialmente à idéia de poder representado direta ou indiretamente pelo povo, prossegue para englobar uma amálgama tão grande de valores, que possivelmente não seriam encontrados na plenitude de seu exercício em nenhuma sociedade do mundo. Ainda que como paradigma

---

[138] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, p.291-289, 2002.
[139] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Editora Campus: Rio de Janeiro, p.24, 2002.

aproximativo, a doutrina democrática segue enfraquecida, porque não plenamente definível de forma a traçar modelo sólido que possa servir de referência segura à concretização da sua promessa de soberania popular, e que seja capaz de garantir a proteção aos direitos fundamentais do homem e o livre do arbítrio e das desigualdades sociais e políticas.

Com os avanços tecnológicos atuais, que permitiram os acontecimentos denominados de primavera árabe, onde milhões de pessoas foram às ruas exigir liberdades individuais, se percebeu novamente a permanente fragilidade deste modelo democrático, onde se equilibram constantemente vários princípios, onde nenhum deles basta para garantir a qualidade do Estado, e nenhum é incondicionalmente adequado.

É sob a justificativa da democracia e do seu pleno exercício pelo povo e por seus representantes que contraditoriamente são eleitos chefes políticos como Chávez na Venezuela, que queria se tornar vitalício, Berlusconi na Itália, que intentava escapar da justiça, Orban na Hungria, que ameaçou repetidamente a liberdade de imprensa, ou mesmo Hitler, na Alemanha, que matou e segregou milhões de nacionais judeus.[140]

Por último, presenciaram-se em 2013, em diversas cidades do Brasil, manifestações populares, que agregaram milhões de pessoas insatisfeitas com o regime político, os níveis de corrupção, os gastos públicos e diversas outras temáticas, tendo por expressão máxima os *Black Blocs* – parcela desses grupos, comumente intitulados de vândalos, que expressam sua irresignação depredando patrimônio público e agredindo policiais, mas que são pelo seu radicalismo amplamente desaprovados pela maioria esmagadora da população.[141]

---

[140] TODOROZ, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** Companhia das Letras: São Paulo, p.195, 2013.
[141] FOLHA DE SÃO PAULO (São Paulo) (Ed.). **95% desaprovam "black blocks", diz Datafolha.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1362856-95-desaprovam-black-blocs-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2013.

Todavia, o descontentamento, como anteriormente apontado, não é recente, e o fenômeno não é novo, uma vez que já nas décadas de 60 e 70, como salienta CANOTILHO, “se havia insistido na bondade política de formas não convencionais de participação e até na necessidade de uma revolução participativa”.[142]

Observou o constitucionalista português, que a insatisfação se localiza por um lado na dúvida de os governos democráticos estarem em condições de governar para além do Estado territorial, assim como, por outro lado, na descrença política relativamente a poliarquias estabelecidas: “A articulação das duas dimensões – incapacidade de governação e saturação perante o *establishment* – conduzem, inevitavelmente, a críticas crescentes às estruturas democráticas das democracias liberais representativas”.[143]

3 Um olhar democrático sobre o direito fundamental à privacidade na Constituição de 1988

A Constituição Federal relacionou o direito fundamental à privacidade, conjuntamente com a intimidade, no inciso X do art.5º, sob o título “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, afirmando sua inviolabilidade.[144]

Compreende-se que incumbe ao hermeneuta esclarecer qual é a melhor compreensão deste direito constitucionalmente garantido, deixando-se, todavia, de abordar toda a controvérsia existente, em razão de extrapolar o objeto deste trabalho, para se adotar a visão de Leonardi[145], que após discorrer longamente sobre as limitações dos conceitos encontrados na literatura sobre a privacidade, propõe, com auxílio da obra de Solove, uma definição taxonômica, ou seja, uma definição por grupos de direitos que estão abrangidos pela

---

[142] CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinarários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, p. 312, 2012.
[143] Op.cit. p. 312.
[144] BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2013.
[145] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** Editora Saraiva: São Paulo, p.80-87, 2012.

proteção à privacidade, os quais estariam divididos em quatro gêneros e dezesseis espécies, quais sejam: **1)** coleta de informações: a) vigilância, b) interrogação; **2)** processamento de informações: a) agregação, b) identificação, c) insegurança, d) uso secundário, e) exclusão; **3)** disseminação de informações: a) quebra de confidencialidade, b) revelação, c) exposição, d) aumento de acessibilidade, e) chantagem, f) apropriação, g) distorção; **4)** invasão: a) intrusão, b) interferência em decisões. (**grifos nossos**)[146]

O que intenta o autor é afirmar, por exemplo, que no tocante ao primeiro gênero, da proteção da coleta de informações, o direito fundamental à privacidade abrangeria o dever de vigilância desses dados, e a atividade de interrogação sobre estes dados; quanto ao segundo gênero, do processo de informações, a proteção abrangeria a agregação de dados, a forma de identificação, a proteção contra a insegurança e contra o uso secundário

[146] No original, o qual se transcreve pela importância da citação: “The first group of activities that affect privacy involves information collection. Surveillance is the watching, listening to, or recording of an individual’s activities. Interrogation consists of various forms of questioning or probing for information. A second group of activities involves the way information is stored, manipulated, and used–-what I refer to collectively as “information processing.” Aggregation involves the combination of various pieces of data about a person. Identification is linking information to particular individuals. In-security involves carelessness in protecting stored information from leaks and improper access. Secondary use is the use of information collected for one purpose for a different purpose without the data subject’s consent. Exclusion concerns the failure to allow the data subject to know about the data that others have about her and participate in its handling and use. These activities do not involve the gathering of data, since it has already been collected. Instead, these activities involve the way data is maintained and used. The third group of activities involves the dissemination of information. Breach of confidentiality is breaking a promise to keep a person’s information confidential. Disclosure involves the revelation of truthful information about a person that impacts the way others judge her character. Exposure involves revealing another’s nudity, grief, or bodily functions. Increased accessibility is amplifying the accessibility of information. Blackmail is the threat to disclose personal information. Appropriation involves the use of the data subject’s identity to serve the aims and interests of another. Distortion consists of the dissemination of false or misleading information about individuals. Information dissemination activities all involve the spreading or transfer of personal data or the threat to do so. The fourth and final group of activities involves invasions into people’s private affairs. Invasion, unlike the other groupings, need not involve personal information (although in numerous instances, it does). Intrusion concerns invasive acts that disturb one’s tranquility or solitude. Decisional in-terference involves the government’s incursion into the data subject’s decisions regarding her private affairs.” SOLOVE, Daniel. A taxonomy of privacy. University Of Pennsylvania Law Review, Pennsylvania, v. 154, n. 3, jan. 2006. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf>. Acesso em: 31 out. 2011.

(distinto da função primária por meio da qual fora obtido), e assim sucessivamente.

O objetivo é superar as noções que ou se apresentam excessivamente restritivas, excluindo atividades como o uso secundário do núcleo de proteção à privacidade, ou se mostram excessivamente genéricas, impedindo a definição da abrangência da proteção. Obviamente que a explicitação de todos estes gêneros e espécies de proteção requer ao mesmo tempo regulamentação legal e atividade interpretativa.

É a privacidade, através de seus núcleos de proteção como expostos, bem como os direitos humanos, que asseguram ao indivíduo condições de expansão da personalidade, ao abrigo de interferências arbitrárias, incentivando a autodeterminação, a autonomia do cidadão, e criando espaços para o diálogo cívico, assim como um ambiente propício à proteção da liberdade de manifestação de pensamentos, facilitando ao indivíduo contemplar e discutir mudanças políticas, bem como desenvolver opiniões sem divulgá-las precipitadamente à sociedade, criando "um espaço pessoal contra o exercício do poder antidemocrático e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral)"[147]

Em outras palavras, é o direito à privacidade que protege o indivíduo desde o momento do surgimento da idéia, quando no âmbito ainda mais íntimo esta surge isoladamente – fruto de algum estímulo pessoal ou criação intelectual, prosseguindo, para proteger as primeiras divulgações – em âmbito menor, ainda privado, em um círculo restrito de pessoas, e segue, dando guarida à promoção desta idéia, e ao seu uso adequado, protegendo o autor intelectual da apropriação do pensamento por via da coleta indevida de dados, e assegurando o sigilo nos limites que necessários para o sujeito.

---

[147] CANOTILHO, J. J. GOMES apud LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** Editora Saraiva: São Paulo, p.115, 2012.

Constata-se, assim, que este direito tem nítida dimensão social e democrática, uma vez que em face das atribulações diárias dos tempos atuais, permite a promoção do bem-estar, diminuindo as tensões pessoais, e mais do que isso, encoraja o livre desenvolvimento da personalidade, distante do receio de se contrariar a opinião do Estado, da maioria, ou do socialmente aceitável em certo momento histórico.[148]

Necessário lembrar, que em um futuro breve a união dos avanços tecnológicos e da internet possivelmente nos possibilitará repensar o conceito de democracia direta e representativa, na medida em que será provavelmente comum ao cidadão exercer grande parcela de seus deveres cívicos, com especial destaque ao voto, por intermédio da rede mundial de computadores, experiência esta já vivida hoje oficialmente na Estônia, e em fase de experimentação nos Estados Unidos, Inglaterra e Suíça.[149]

Como adverte Schwartz, na ausência de regras fortes para a proteção da privacidade da informação haverá grave hesitação na prática de atividades pelo ciberespaço, incluindo estas que mais guardam relação com o exercício da democracia.[150]

Resta ainda grave preocupação, que diante de fraca proteção à privacidade, ferramentas como o *data mining* ou coleta maciça de dados por meio de programas que rodam permanentemente em servidores de alta velocidade, sejam utilizadas por governos e corporações, como se tem notícia do uso pelo governo estadunidense, para a obtenção de informações

---

[148] LEONARDI, Marcel. Tutela **e privacidade na internet.** Editora Saraiva: São Paulo, p.114-115, 2012.
[149]ALVAREZ, R. Michael; HALL, Thad E.; TRECHSEL, Alexander H**. Internet voting in comparative perspective: the case of estonia.** Political Science & Politics, Washigton, v. 42, n. 3, p.497-505, jul. 2009. Disponível em: http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid= 5877828>. Acesso em: 29 out. 2013.
[150] SCHWARTZ, Paul M.. **Privacy and Democracy in Cyberspace.** Vanderbilt Law Review, Nashville, v. 52, p.1665, jun. 1999. Disponível em: <http://www.paulschwartz.net/pdf/VAND-SCHWARTZ.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

privilegiadas e pessoais, que permitirão a criação de enormes bancos de dados.

A proteção à privacidade funciona novamente neste ponto como mecanismo de defesa da democracia. Age como mecanismo de salvaguarda das minorias, restringindo o acesso às informações que são da sua esfera mais íntima e cuja utilização desviada poderia permitir a sujeição dessas minorias a diferentes formas de segregação ou preconceito. Cuida-se da proteção a minorias de todas as espécies, como étnicas, religiosas, ou mesmo políticas.

A partir das informações seria possível, por exemplo, a identificação de grupos tendo por base posições políticas minoritárias ou impopulares, preferências sexuais ou religiosas, permitindo segregação ou a imposição de limites de trânsito, como em vôos, especialmente pela falta de transparência nas posturas nacionais sobre a aceitação ou a rejeição de estrangeiros.[151]

Há quem afirme ainda a existência de verdadeira simbiose entre democracia e privacidade, de forma que a desregulamentação da proteção à privacidade implicaria em ofensa ao regime democrático de governo, citando-se, por exemplo, a utilização por governos autoritários, ou adeptos a mecanismos severos de monitoramento, deste artifício tecnológico para o controle de protestos ou para alvejar grupos sociais com outras tendências políticas.[152]

Foram no sentido de reconhecer o valor democrático da privacidade as recentes palavras da presidente Dilma Rousseff, ao abrir a 68ª sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, quando ao repudiar a suposta espionagem estadunidense, declarou que:

> Como tantos outros latino-americanos, lutei contra o arbítrio e a censura e não posso deixar de defender de modo intransigente

---

[151] SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security.** Yale University Press: New Haven and London, p.188, 2011.
[152] RAAB, Charles D.. **Privacy, democracy, information**. In: BENNETT, Colin John; RAAB, Charles D.. The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring**.** Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2004. Cap. 7, p. 155. Disponível em: <http://books.google.com.br/books >. Acesso em: 30 out. 2013.

> o direito a privacidade dos indivíduos e a soberania de meu país. Sem ele – direito à privacidade - não há verdadeira liberdade de expressão e opinião e, portanto, não há efetiva democracia. Sem respeito à soberania, não há base para o relacionamento entre as Nações.[153]

Salienta-se, todavia, que nos países em desenvolvimento, onde as instituições democráticas e a tecnologia são mais recentes, as regulamentações são mais esparsas e aleatórias, notando-se como relevante o exemplo do Brasil, que não dispõe de marco civil para a internet que regule as questões relativas à privacidade, até a presente data. Na Alemanha, ao contrário, já se discute a terceira geração de legislação sobre a proteção de dados, com precedentes da corte constitucional oriundos da década de 1970.[154]

Finalmente, cumpre enfatizar, que a proteção à privacidade em uma sociedade de massas guarda também relação com a democracia, na medida em que sua proteção colabora com o controle e a minimização do impacto provocado pela violência simbólica. A ausência de privacidade permite aos detentores das informações privilegiadas e coletadas em massa, a sobreposição de seu discurso, impedindo a ruptura de modelos não democráticos.

Os organismos que tiverem o controle da coleta em massa de dados, facilitada pela fraca proteção ao direito fundamental à privacidade, serão capazes de selecionar e agregar informação em grande velocidade, de forma que conseguirão suprimi-la ou distorcê-la, antes mesmo que o autor dos fatos, o proprietário real da informação, tenha condições de fazer esta avaliação, sendo a deficiência de sua visão global carente dos mesmos recursos técnicos.

O detentor da informação somente divulga ou omite o que tem interesse, e no caso dos governos de vocação autoritária, ou grandes corporações mercantilistas, resta imposto grave risco à qualidade destas informações, em

---

[153] ROUSSEFF, Dilma. **Discurso na 68a Sessão da Assembléia Geral da ONU**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2013/09/Brasil-UNGA.pdf>. Acesso em: 26 out. 2013.
[154] SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios.** Rio de Janeiro: Intrínseca, p.300, 2013.

benefício da manutenção da dominação política e econômica, e em detrimento das minorias.

Repetir-se-ia assim, a violência simbólica, cujo conceito foi criado pelo pensador francês Pierre Bourdieu para descrever o processo pelo qual a classe que domina economicamente impõe sua cultura aos dominados. Bourdieu, juntamente com o sociólogo Jean-Claude Passeron, partem do princípio de que a cultura, ou o sistema simbólico, é arbitrário, uma vez que não se assenta numa realidade dada como natural. O sistema simbólico de uma determinada cultura é uma construção social e sua manutenção é fundamental para a perpetuação de uma determinada sociedade, através da interiorização da cultura por todos os membros da mesma:

> A violência simbólica expressa-se na imposição "legítima" e dissimulada, com a interiorização da cultura dominante, reproduzindo as relações do mundo do trabalho. O dominado não se opõe ao seu opressor, já que não se percebe como vítima deste processo: ao contrário, o oprimido considera a situação natural e inevitável.[155]

Qualquer um que controle o armazenamento de dados, e as ferramentas de coleta e exposição desses dados, diante de uma perspectiva de desregulamentação do controle à privacidade dos indivíduos, mormente dos usuários de uma fonte gigante e potencial de dados como a internet, terá condições de usar estes dados de forma a controlar a opinião pública. A lógica é simples. O detentor das informações, e logo, do poder, poderá coordená-las para separar o conteúdo que não interessa e divulgar aquilo que intenta ver concretizado como verdade sobre pessoas ou grupos, induzindo a manutenção do processo de violência simbólica.

---

[155] L'APICCIRELLA, Nadime. **O papel da educação na legitimação da violência simbólica.** Revista Eletrônica de Ciências, São Paulo, n. 20. Disponível em: <http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_20/violenciasimbolo.html>.Acesso em: 31 out. 2013.

5 A insuficiência da noção da privacidade enquanto um direito hipócrita.

Surge na década de 70, em artigo do famoso jurista Richard A. Posner, na sua tentativa de traçar uma teoria econômica da privacidade, a noção desta enquanto um direito cuja necessidade de proteção diria respeito, em grande parte, a preocupações relativas à proteção de informação que revelaria razões para descrédito com o sujeito.

Afirma o autor que estas informações protegidas pela privacidade seriam relativas a atividades ilícitas, ou imorais em relação aos modelos de conduta moral professados pelo sujeito ou comunidade, razão pela qual preferiria este realizar uma forma de divulgação seletiva de informação, uma verdadeiro direito à hipocrisia.[156]

Posner simplesmente ignora todos os benefícios da privacidade ao pleno exercício da democracia, limitando-se a analisar a pertinência da divulgação ou não da mesma sob o ângulo econômico, ou da qualidade das informações protegidas para o processo econômico. Não parecem relevantes à análise do autor, igualmente, as possíveis implicâncias políticas do controle dos dados por governos ou corporações, concluindo sua teoria sobre um tripé.

Para ele pensar a privacidade sob a lógica da repercussão econômica significa primeiro a proteção das informações relativas ao comércio e aos negócios através das quais conhecimentos superiores e técnicas comerciais são resguardados. Fatos pessoais normalmente não seriam protegidos, e, por último, espionagem seria permitida e outras formas de vigilância, na medida em que servissem para a descoberta de atividades ilegais.[157]

Mais recentemente, em novembro de 2007, Posner repetiu suas idéias em entrevista disponibilizada pelo site *bigthink.com*, na qual afirmou que

---

[156] POSNER, Richard A.. **An economic theory of privacy.** Aei Journal On Government And Society. Washigton, p. 21. jun. 1978. Disponível em: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.
[157] Op. Cit. p.24.

enquanto um bem social a privacidade está sendo bastante superestimada, porque privacidade basicamente significa esconder os dados para enganar outras pessoas, seja para parecer mais saudável do que se é, mais inteligente ou mais sincero. A proteção à privacidade seria espada de dois lados cortantes."[158]

Em nítida oposição a esta forma de considerar a privacidade, Solove, em outra obra, sustenta que o valor de se proteger a privacidade é um valor social, já que a sociedade representa um grande nível de atritos e constantes colisões. Desta forma, a privacidade permitiria à sociedade ser um lugar aprazível, impedindo a intrusão alheia excessiva, e dificultando a opressão social. A privacidade seria assim verdadeira tentativa da sociedade de promover a civilidade, implicando na ponderação de interesses sociais e individuais. Funcionaria como uma dimensão interna da sociedade, e não deveria ser compreendida como um direito individual contra o bem coletivo.[159]

Aceitar a opinião de Posner, que aponta a privacidade como um direito que mereceria menor proteção, por simplesmente beneficiar o sujeito que tenta esconder dados que são reais, e dizem respeito a sua pessoa, uma vez que acredita que esses dados podem ser usados por outros, ou por querer construir na percepção do outro uma imagem diferente de si, é excessivamente simplista e desconsidera os demais valores protegidos.

Em uma democracia a esfera pessoal necessita ser protegida, por dizer respeito ao núcleo íntimo do sujeito, por resguardar aquelas idéias e informações que não estão prontas para serem divulgadas, e ainda, por permitir ao sujeito mesmo esconder o que apesar de real é ofensivo, provoca arrependimento ou remorso. Nas situações onde estas informações forem indispensáveis a alguma atividade, em obediência ao interesse público, resta

---

[158] POSNER, Richard A.. Judge Richard Posner: **Privacy.** Entrevista realizada por www.bigthink.com. Disponível em: <http://bigthink.com/videos/judge-richard-posner-privacy>. Acesso em: 29 out. 2013.

[159] SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security.** Yale University Press: New Haven and London, p.49-50, 2011.

autorizada a lei, sob esta justificativa, a criar meios que viabilizem este acesso, como se pode citar a legalidade da exigência de certidão de antecedentes criminais para o exercício de algum cargo ou função ou a ordem judicial para o rompimento de sigilos bancário e fiscal.

De igual maneira, concluiu Vianna, que em uma sociedade de massas a monitoração eletrônica em espaços públicos pode levar à violação à privacidade, com a filtragem em massa de indivíduos e a sua seleção, sendo a proteção à privacidade um direito público e fundamental ao Estado Democrático de Direito:

> O exercício em grande escala do poder disciplinar possibilitado pela monitoração eletrônica lesa o direito fundamental à liberdade, especialmente no que diz respeito à liberdade de manifestação de pensamento em locais públicos. Lado outro, o exercício do biopoder por esta mesma monitoração lesa o direito à igualdade ao proporcionar uma filtragem em massa de indivíduos por suas diversas características. A garantia do direito à privacidade reveste-se, pois, de interesse não só individual, mas também e principalmente de interesse público, na medida em que, nas sociedades de controle, converte-se em um dos fundamentos da liberdade e da igualdade e, consequentemente, do próprio Estado Democrático de Direito.[160]

Verifica-se, portanto, que o discurso dos defensores do direito à privacidade enquanto um direito meramente individual e economicamente considerável, pela sua visão atrofiada do tema, ou seja, limitada e limitadora, não pondera os seus efeitos positivos, basicamente de proteção à intervenção pública excessiva, e da permissão de uma vida livre de interferências permanentes do público no privado, de modo inclusive a incentivar o desenvolvimento tranquilo e profícuo das idéias, livre de perseguições políticas e sociais.

---

[160]VIANNA, Tulio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle.** 2006. 1 v. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 167. Disponível em: <www.tuliovianna.org>. Acesso em: 29 out. 2013.

O direito fundamental à privacidade, na forma em que consagrado na Constituição de 1988, deve ser considerado como uma virtude de um regime democrático. Isto ocorre em razão de fomentar a privacidade a proteção das esferas mais íntimas da vida dos indivíduos, os protegendo da interferência de terceiros, sejam governos ou particulares, e protegendo seus dados (escritos, perfis de consumo na internet, idéias, projetos, arquivos, etc..) do contato e manipulação indevidos.

Termina a privacidade servindo para resguardar o próprio direito à igualdade, pressuposto de qualquer modelo democrático moderno, ao proteger as minorias de tratamento discriminatório, e a garantir a produção e divulgação de conhecimento isenta de interferências ou proibições de maiorias autoritárias.

O temor da doutrina Posner, de ser a privacidade protetiva meramente a interesses escusos e ilegítimos, deixa de ter importância quando são ponderados tantos argumentos favoráveis aos valores constitucionalmente protegidos, e diante da existência de meios jurídicos que possam assegurar o acesso a informações que sejam essenciais para o alcance de alguma finalidade pública, como o combate ao ilícito.

Conclusão

Diante da análise realizada é possível alcançar algumas sucintas conclusões.

Primeiramente, resta nítida a compreensão de que o fenômeno democrático é histórico, complexo e transpessoal, uma vez que guarda relação com diversas culturas e momentos históricos, havendo se desenvolvido diferentemente em diversos países, no Ocidente e no Oriente, com múltiplas características.

Percebe-se que a noção de democracia, mesmo que plurívoca no tempo e espaço, extrapola a esfera individual, dos sujeitos envolvidos no processo, e transborda para a esfera da própria sociedade, estando diretamente ligada à

idéia de participação popular nas decisões de um governo ou nação, e engloba, modernamente, uma série de princípios, como o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a soberania popular, a divisão dos poderes, e outros tantos.

Compreendeu-se que diante da complexidade do conceito de democracia questiona-se a sua exequibilidade, bem como parece passar a democracia brasileira por uma espécie de crise de legitimidade, diante, especialmente, das manifestações populares que vêm ocorrendo, e discordam gravemente de posturas governamentais.

Verificou-se que o direito fundamental à privacidade é um direito constitucional no Brasil, complexo, que melhor se define taxonomicamente, ou seja, em gêneros e espécies de núcleos de proteção, e que guarda íntima relação com a democracia de um país, na medida em que é um valor social, que permite e incentiva o livre desenvolvimento da personalidade e o amadurecimento de idéias no espaço privado, permitindo a posterior liberdade de expressão e de opinião, antecessores lógicos da participação popular, tão cara ao conceito de democracia, e em oposição à manutenção da violência simbólica, considerada esta como a interiorização forçada e dissimulada de conceitos e idéias, frequentemente pelo domínio dos canais de informação da cultura dominante.

Por fim, se concluiu que a concepção econômica de POSNER sobre a privacidade é insuficiente porque parece ignorar o valor fundamental desta para a democracia constitucional, valorizando somente a capacidade do indivíduo de omitir dados cuja exposição seja para ele irrelevante ou intencionalmente inconveniente.

Referências bibliográficas

ALVAREZ, R. Michael; HALL, Thad E.; TRECHSEL, Alexander H.. **Internet voting in comparative perspective: the case of estonia.** Political Science & Politics, Washigton, v. 42, n. 3, p.497-505, jul. 2009. Disponível em:

http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=5877828>. Acesso em: 29 out. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Editora Campus: Rio de Janeiro, p.24, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros Editores, p.270-271, 1997.

BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRYCE, Viscount James. **Modern Democracies**. New York: Macmillan, 1921. 2 v. Disponível em:<tyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php?title=2084&chapter=158630&layout=html&Itemid=27>. Acesso em: 14 dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, p.291-292, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, p. 312, 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO (São Paulo) (Ed.). **95% desaprovam "black blocks", diz Datafolha.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1362856-95-desaprovam-black-blocs-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2013.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista: seu nexo interno.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.13, 2007.

L'APICCIRELLA, Nadime. **O papel da educação na legitimação da violência simbólica.** Revista Eletrônica de Ciências, São Paulo, n. 20. Disponível em: <http://www.cdcc.sc.usp.br/ciencia/artigos/art_20/violenciasimbolo.html>. Acesso em: 31 out. 2013.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** Editora Saraiva: São Paulo, p.80-87, 2012.

POSNER, Richard A.. Judge Richard Posner: **Privacy.** Entrevista realizada por www.bigthink.com. Disponível em: <http://bigthink.com/videos/judge-richard-posner-privacy>. Acesso em: 29 out. 2013.

POSNER, Richard A. **An economic theory of privacy.** Aei Journal On Government And Society. Washigton, p. 21. jun. 1978. Disponível em: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

RAAB, Charles D.. **Privacy, democracy, information.** In: BENNETT, Colin John; RAAB, Charles D.. The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2004. Cap. 7, p. 155. Disponível em: <http://books.google.com.br/books >. Acesso em: 30 out. 2013.

ROUSSEFF, Dilma. **Discurso na 68a Sessão da Assembléia Geral da ONU.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2013/09/Brasil-UNGA.pdf>. Acesso em: 26 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.13, 2007.

SCHWARTZ, Paul M.. **Privacy and Democracy in Cyberspace**. Vanderbilt Law Review, Nashville, v. 52, p.1665, jun. 1999. Disponível em: <http://www.paulschwartz.net/pdf/VAND-SCHWARTZ.pdf>. Acesso em: 30 out. 2013.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios.** Rio de Janeiro: Intrínseca, p.300, 2013.

SEN, Amartya**. A idéia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, p.365, 2011.

SOLOVE, Daniel. **A taxonomy of privacy.** University Of Pennsylvania Law Review, Pennsylvania, v. 154, n. 3, jan. 2006. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf>. Acesso em: 31 out. 2011.

SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security.** Yale University Press: New Haven and London, p.49-50, 2011.

TODOROZ, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** Companhia das Letras: São Paulo, p.195, 2013.

VIANNA, Tulio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle.** 2006. 1 v. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 167. Disponível em: <www.tuliovianna.org>. Acesso em: 29 out. 2013.

VILANI, Cristina et al. **Democracia antiga e democracia moderna.** Cadernos de História, Belo Horizonte, p.37-42, out. 1997. Mensal. Ed. Puc Minas.